

"A propos de la boucle administrative et du maintien des effets des actes annulés"

Renders, David ; Gors, Benoit

Document type : *Article de périodique (Journal article)*

Référence bibliographique

Renders, David ; Gors, Benoit. *A propos de la boucle administrative et du maintien des effets des actes annulés*. In: *Publicum*, , no.15, p. 28-31 (Juin 2013)

Available at:

<http://hdl.handle.net/2078.1/172308>

[Downloaded 2019/04/18 at 23:40:05]



COMMISSION DE DROIT PUBLIC
DU BARREAU DE BRUXELLES

6 ÈME ANNÉE, N° 15
JUIN 2013

Responsable de la rédaction :

Me Jean-Paul Lagasse
(jp.lagasse@jplagasse.be)

Editeur responsable :

Me Bernard Renson
Rue Père E. Devroye, 47
1040 Bruxelles

Messagerie : rens@renson-lex.be

PUBLICUM

Lettre d'information de la commission de droit public du barreau de Bruxelles

QUELLES REFORMES POUR QUEL CONSEIL D'ETAT ?

Le 24 mai 2013, les commissions de droit public des barreaux de Bruxelles et de Liège ont organisé, dans les locaux de l'Université Saint-Louis à Bruxelles, une après-midi de réflexion sur ce thème bien d'actualité : le Conseil des Ministres du 26 avril 2013 a en effet approuvé un avant-projet de loi portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat susceptible de conduire, en cas d'adoption par le Parlement fédéral, à un incontestable bouleversement du contrôle juridictionnel que le Conseil d'Etat exerce actuellement.

En raison de l'ampleur de la réforme envisagée et de ses conséquences sur la pratique des procédures menées auprès du Conseil d'Etat, PUBLICUM a décidé de publier les textes des interventions orales des nombreux intervenants : Président de la Cour de cassation, Conseiller d'Etat, universitaires (Professeur, chargé d'enseignement, maître de conférence ou assistant), expert au cabinet de la Ministre de l'Intérieur et avocats dont un ancien bâtonnier du barreau de Liège, tous s'étant exprimés en leur nom personnel.

La plupart de ces textes étant destinés à soutenir l'exposé oral des intervenants, ils en adoptent dès lors le style et ne contiennent que peu ou pas de références.

En raison de l'actualité immédiate de la problématique, PUBLICUM a fait le choix de les publier "tels quels", entendant privilégier une publication sans retard au profit du plus grand nombre de ses lecteurs directement intéressés ou concernés par la réforme d'envergure envisagée. Ils liront dès lors les textes qui suivent avec l'indulgence requise par les observations qui précèdent.

PUBLICUM tient, quant à lui, à remercier vivement tous les auteurs pour leurs contributions respectives et leur grande disponibilité tant à l'occasion de l'après-midi du 24 mai dernier que dans le cadre de la préparation de la présente publication.

Bonne lecture et bonnes réflexions à tous !

DANS CE NUMÉRO, LES TEXTES DES ORATEURS SUIVANTS :

FRANÇOIS TULKENS	2
VINCENT THIRY	3
RAPHAËL BORN	8
CHRISTIAN STORCK	17
MICHEL LEROY	23
DAVID RENDERS ET BENOÛT GORS	28
JEAN BOURTEMBOURG	31
BERNARD RENSON	40

MOT D'ACCUEIL DES PARTICIPANTS PAR FRANÇOIS TULKENS**Avocat, chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis à Bruxelles**

Mesdames,
Messieurs,

C'est avec plaisir que l'Université St-Louis de Bruxelles vous accueille pour cette demi-journée organisée conjointement par les Commissions de droit public des barreaux de Bruxelles et de Liège.

Il est réjouissant que le monde de l'avocature, celui des juridictions, les milieux académiques et les experts qui assistent le monde politique trouvent un forum de dialogue, d'échange de points de vue, même si ceux-ci ne seront pas toujours convergents.

Il est encore plus réjouissant de voir que le sujet de ce jour attire du monde.

Il est vrai qu'une réforme du Conseil d'Etat s'est imposée pour différents motifs.

En effet, depuis la dernière réforme de 2006, bien des choses ont évolué.

C'est ainsi, par exemple, que l'on a eu un meilleur recul sur des nouveautés transposables au Conseil d'Etat (je songe notamment à la question de la répétabilité des honoraires, à différents arrêts de la Cour constitutionnelle qui ont permis d'identifier des lacunes ou des inconstitutionnalités dans la législation applicable au Conseil d'Etat ou, encore à la suppression des fastidieuses formalités à accomplir à peine d'irrecevabilité quand on agit pour une personne morale).

Mais la réforme qui se profile est plus fondamentale car la perception du principe de la légalité a évolué. Pour important qu'il soit, il est apparu comme ne pouvant être totalement détaché d'un autre principe, plus diffus, mais non moins important, à savoir celui de la sécurité juridique. En effet, le respect de la légalité, de manière purement abstraite ou formaliste, peut avoir des conséquences sociales peu souhaitables et être l'expression d'un juridisme parfois excessif et, au demeurant, mal compris par la population, les médias mais aussi les décideurs publics.

Dans ce cadre, comment ne pas se réjouir que l'on cherche à résoudre les problèmes, si possible plus rapidement, et, en tous les cas, au maximum, définitivement au fond.

On comprend donc que l'avant-projet approuvé par le Conseil des Ministres se soit inspiré d'une part d'évolutions françaises en la matière, notamment quant à l'exigence d'un intérêt au moyen et, d'autre part, de nouvelles pratiques législatives hollandaises à propos de la boucle administrative qui peut offrir parfois une réponse adéquate et équilibrée à des situations qui, autrement, s'enlisent longuement, inutilement et en faisant que maintenir de l'insécurité juridique.

Dans le même ordre d'idées, revoir les conditions du référé en abandonnant la condition assez subjective du risque de préjudice grave et difficilement réparable au profit d'une appréciation de l'urgence de la mesure demandée, -quel que soit son moment d'introduction-, est constitutive, à mon estime, d'un progrès. Certes, le juge devra encore faire une balance des intérêts, mais sa situation ne sera pas distincte de celle du juge judiciaire et de ce qui est déjà pratiqué dans la matière des marchés publics.

D'autres aspects du projet susciteront sans doute plus de discussions, soit quant au principe même de la réforme, soit quant à certaines modalités. Ainsi, la réforme de l'article 144 de la Constitution qui entend permettre au Conseil d'Etat d'accorder une satisfaction équitable en cas d'annulation d'un acte administratif doit-elle nécessairement aligner le régime de cette satisfaction sur celui de l'article 1382 ou bien constitue-t-elle un régime distinct et exclusif, à moins que l'on ne décide de maintenir les deux options cumulées. De



même, comment justifier que le bénéfice de l'astreinte ne soit désormais alloué à celui qui l'a obtenu car il est victime d'un non-respect d'une décision judiciaire, mais uniquement pour moitié ? Certes, c'est une évolution sur la situation antérieure où il ne recevait aucunement le bénéfice de l'astreinte. Mais ce demi-choix opéré respecte-t-il pleinement la légalité ?

Enfin, l'idée de mieux articuler l'éventuelle intervention de médiateurs et les recours au Conseil d'Etat est certes pétrie de bonnes intentions, mais pose, selon moi, de véritables difficultés, voire ouvre une boîte de Pandore. Il est en effet prévu que le recours au Conseil d'Etat sera suspendu en cas de recours au médiateur et ce, durant une période de quatre mois maximum. Certes, le médiateur qui constitue un pont entre le citoyen et l'administration peut avoir un rôle de pacification du conflit. L'on sait cependant que son intervention constitue, pour reprendre une belle expression, *"constitue plus qu'un conseil mais moins qu'un ordre"*. Son impact est donc déjà limité. Par ailleurs, il est amené à apprécier non seulement la légalité des décisions au regard des textes applicables, mais également des principes généraux reconnus par le Conseil d'Etat, mais aussi par des normes de comportement qui, selon lui, correspondent à l'équité. Est-il souhaitable d'en faire une sorte d'instance précontentieuse qui tâchera soit d'aboutir à une solution amiable, soit donnera un avis sur le bien-fondé ou le mal-fondé d'une plainte, à propos de laquelle le Conseil d'Etat devra ensuite éventuellement se prononcer à défaut pour les parties de se rallier à l'opinion du médiateur. Je crains, pour ma part, que se crée ainsi une certaine confusion des genres, notamment entre des appréciations en termes de légalité et d'opportunité, ce qui ne manquera pas de troubler le citoyen auquel l'avis du médiateur donnerait raison mais dont l'arrêt du Conseil d'Etat donnerait tort en droit.

On le voit, il y a des améliorations indiscutables, d'autres souhaitables et enfin certaines qui sont questionnables. Chacun fera son classement personnel.

Cela dit, la journée d'aujourd'hui se doit d'être marquée par une libre discussion, laquelle implique d'abandonner les préjugés, les tabous ou, encore, les idées toutes faites qui ne sont jamais interrogées.

On admettra, d'une manière générale, la nécessité d'une réforme, pour autant qu'elle soit équilibrée, qu'elle modernise la procédure. Enfin, et ce n'est pas du tout négligeable, qu'elle soit praticable en fait pour autant que l'on donne au Conseil d'Etat les moyens à la hauteur de la confiance que l'on veut lui renouveler.

Il est temps maintenant de donner la parole au premier intervenant, Monsieur le Bâtonnier Vincent Thiry.

AU PAYS DE LA LIGNE CLAIRE

Vincent Thiry, ancien Bâtonnier de Liège, Maître de conférences ULG

C'est un après-midi de printemps.

Couché sur l'herbe tiède de mon jardin, je contemple, fasciné, les premières scènes de l'Etoile mystérieuse.

L'insupportable chaleur, l'astre inconnu qui ne cesse de grandir ...,

Le goudron fondu où Milou va s'enliser ..., Philippilus le prophète ..., « Aimez-vous les caramels mous ? »

Ces pages, que je découvre aux premiers pas de mon enfance, me fascinent.

Nul besoin de lire le texte, les dessins succèdent aux dessins et suffisent pour me donner le sens de l'histoire. La ligne est claire.

Le Conseil d'Etat, ce n'est pas l'Etoile mystérieuse.

Même s'ils ont été conçus à la même époque.

Les réformes du Conseil d'Etat, c'est une succession de méandres et d'affluents. C'est le delta du Danube.

On cherche en vain la ligne directrice du législateur..., plus exactement des législateurs de l'Etat fédéral belge.

Rappelons qu'en créant le Conseil d'Etat en 1946, et en lui conférant un nouveau type de contentieux, le contentieux objectif, le législateur a voulu « étendre, compléter la protection juridictionnelle de l'administré assurée par le pouvoir judiciaire ».

La Cour constitutionnelle l'a rappelé à plusieurs reprises.

La doctrine enseigne que la création du Conseil d'Etat s'inscrit donc « dans une perspective de subsidiarité », et ne porte aucune atteinte aux compétences des juridictions judiciaires.

La consécration constitutionnelle du Conseil d'Etat remonte à 1993.

Les travaux préparatoires confirment pourtant que cela ne changera pas grand-chose, autrement dit que l'approche dualiste du contrôle de l'administration est intégralement préservée.

Puis le législateur a voulu s'attaquer à l'arriéré de notre Haute juridiction administrative, arriéré qui pour beaucoup, constitue la menace la plus lourde qui pèse sur cette juridiction, et qui a valu à la Belgique plusieurs condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg.

Comment procéder pour résorber l'arriéré du Conseil d'Etat et améliorer son fonctionnement ?

Quatre pistes ont été empruntées, dans un certain désordre.

A. La création de juridictions administratives nationales

- Il a été envisagé de créer des juridictions administratives de premier degré à compétence générale, soit à l'intérieur du Conseil d'Etat, soit de manière décentralisée, mais sous son contrôle direct.

Ce scénario n'a jamais été finalisé. Pour des raisons budgétaires certainement, mais aussi parce que ce type de juridictions nationales de premier degré ne se conçoit probablement plus dans notre Etat fédéral, compte tenu des compétences matérielles dévolues aux Régions et au Communautés.

- La loi du 15 septembre 2006 institue pour l'ensemble du territoire le Conseil du contentieux des étrangers, juridiction administrative fédérale spécialisée.

Le Conseil d'Etat perd ainsi pour l'avenir son pouvoir d'annulation et de suspension de toutes les décisions individuelles prises en application de la loi du 15 décembre 1980.

En ces matières et pour de tels actes, son rôle se réduit à la cassation administrative.

L'incidence de la réforme est énorme.

En Commission de l'intérieur de la Chambre, le ministre de l'intérieur de l'époque, Patrick Dewael, énonce (en perdant il est vrai de vue la charge réelle de travail), que 80 % des recours introduits au Conseil d'Etat concernaient des contestations en matière de droit des étrangers, en sorte qu'à l'avenir, le Conseil d'Etat ne devra plus traiter qu'un cinquième du nombre actuel de litiges, ce qui devrait lui permettre de résorber rapidement son arriéré dans les autres matières.

B. La création de juridictions administratives régionales ou communautaires.

- Les articles 146, 160 et 161 de la Constitution réservent au législateur fédéral la compétence d'établir des juridictions administratives et de définir leurs attributions.

Mais depuis la modification de l'article 19, § 1^{er} de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles par la loi spéciale du 16 juillet 1993, les Communautés et les Régions peuvent, par le biais de leurs pouvoirs implicites, légiférer dans des matières que la Constitution réserve à la loi aux conditions suivantes :

- La réglementation adoptée doit être nécessaire à l'exercice des compétences de la Communautés ou de la Région.
 - La matière doit se prêter à un régime différencié.
 - L'incidence des dispositions en cause sur cette matière doit être marginale.
- D'ores et déjà, plusieurs juridictions administratives régionales et communautaires ont déjà été créées par le biais des pouvoirs implicites, avec la bénédiction de notre Cour constitutionnelle.
 - Au nord du pays, on retiendra essentiellement :
 - Le collège de maintien environnemental, créé par un décret du 5 avril 1995 pour connaître des recours contre les décisions infligeant des amendes administratives en matière environnementale ;

- Le conseil pour les contestations d'autorisations, créé par un décret du 27 mars 2009, pour remplacer les recours au Gouvernement, mais aussi pour suspendre ou annuler les décisions accordant ou refusant des permis en matière d'urbanisme.

Les travaux préparatoires révèlent que l'objectif du législateur régional est de procurer aux habitants de cette Région « une justice plus rapide que celles qu'ils peuvent espérer des juridictions étatiques ».

Comme l'écrit Michel Leroy dans son précis de droit administratif, voilà une allusion à peine voilée à l'arriéré du Conseil d'Etat.

- Observons que la simple création par décret ou ordonnance d'une juridiction administrative par une entité fédérée, même si elle ne fonctionne pas encore valablement, a pour conséquence de retirer au Conseil d'Etat sa compétence de suspension et d'annulation des actes administratifs concernés.

Le Conseil d'Etat n'est plus compétent qu'en cassation administrative, et encore, à condition qu'un recours ne soit pas organisé devant le pouvoir judiciaire ...

Depuis la création du Conseil pour les contestations d'autorisations en Flandre, on assiste déjà aujourd'hui à une nette différence dans l'évolution du contentieux entre les chambres francophones et flamandes du Conseil d'Etat, en annulation et en suspension.

- En sa séance du 18 avril 2013, après avoir adopté en deuxième lecture l'avant-projet de décret contenant le nouveau Code de développement territorial, le Gouvernement wallon a chargé le Ministre de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme de lui présenter un avant-projet de décret créant une juridiction administrative wallonne ad hoc s'inspirant du décret flamand du 27 mars 2009.

Cette juridiction pourra, en lieu et place du Conseil d'Etat, annuler ou suspendre les décisions accordant ou refusant les permis d'urbanisme, les permis d'environnement et les permis uniques.

« L'objectif du Gouvernement wallon est de stabiliser les investissements socio-économiques en Région wallonne par une accélération des procédures et une meilleure prévisibilité quant au timing des décisions. Le Gouvernement vise aussi à améliorer la rapidité et l'efficacité des processus de mise en conformité des actes pour lesquels une irrégularité a été constatée ».

C. Le transfert au pouvoir judiciaire de la compétence d'annuler et de suspendre l'acte administratif

- A plusieurs reprises, il a été envisagé de retirer au Conseil d'Etat le contentieux des actes individuels de la fonction publique, et de le transférer aux tribunaux du travail. Il s'agit là d'une demande formulée régulièrement par les juridictions du travail. Mais le projet ne s'est pas concrétisé, la loi du 13 décembre 2005 ayant fait le choix de confier aux tribunaux du travail le règlement collectif de dettes à partir du 1^{er} septembre 2007, ce qui les occupe déjà beaucoup.
- Le 2 mai 2006, le sénateur Hugo Vandenberghe dépose au Sénat une proposition de loi dont l'idée maîtresse est de transférer au Tribunal de première instance, la compétence de suspendre ou d'annuler les actes à portée individuelle de l'administration, en toutes matières, à l'exception du droit des étrangers, avec possibilité d'appel et de cassation devant la Cour de cassation.

Cette proposition de loi ne portant pas atteinte pour le surplus aux attributions que le pouvoir judiciaire détient déjà sur la base des articles 144 et 145 de la Constitution, elle consacre une approche moniste du contentieux des actes individuels de l'administration, au profit du pouvoir judiciaire.

La section du contentieux administratif ne conserverait que la compétence de suspendre ou d'annuler les actes réglementaires de l'administration, c'est-à-dire les actes juridiques unilatéraux de l'administration qui formulent une règle de droit générale et abstraite.

- L'idée n'est pas tombée dans l'oreille d'un sourd.

Un accord conclu le 16 octobre 2007 entre les partis de l'orange bleue, confirmé dans un accord de gouvernement du 18 mars 2008, propose de confier le traitement des actes administratifs individuels de l'administration en droit environnemental à un tribunal spécialisé d'un « Grand tribunal de première instance » à constituer dans chaque arrondissement judiciaire, dont il est convenu d'élargir la taille.

Comme dans la proposition de loi Vandenberghe, l'idée sous-jacente est de retirer au Conseil d'Etat sa compétence de suspension et d'annulation, et même de cassation administrative, à l'égard des actes à portée individuelle, en tout cas en droit environnemental.

L'accord du Gouvernement est explicite. Il n'est pas envisagé de créer une autorité chargée se statuer sur un recours administratif préalablement à un recours juridictionnel. Il est question ici de juges spécialisés, d'une véritable juridiction, en l'occurrence au sein de l'ordre judiciaire.

Il n'échappera à personne que si la notion d'environnement est prise au sens large, et inclut l'urbanisme, c'est l'un des contentieux les plus importants du Conseil d'Etat qui lui serait retiré au profit du pouvoir judiciaire. Un nombre important de conseillers et d'auditeurs traitent principalement ces matières environ-

Conseil d'Etat qui lui serait retiré au profit du pouvoir judiciaire. Un nombre important de conseillers et d'auditeurs traitent principalement ces matières environnementales.

L'objectif du Gouvernement fédéral est décrit comme suit dans l'accord : « *une structure transparente pour la justice, de sorte que le justiciable y trouve son chemin. Un traitement intégral, rapide et abordable des litiges entre citoyen et l'administration* ».

Le Conseil supérieur de la Justice a rendu un avis favorable sur un tel projet le 30 septembre 2009.

Pas le Conseil d'Etat.

Benoît JADOT, par exemple, dans un colloque qui s'est tenu ici même le 9 septembre 2009, qualifie le projet de « fausse bonne idée ».

Il formule aussi de nettes réserves sur sa constitutionnalité, en considérant, d'une part, que le Constituant a fait le choix du dualisme, et non du monisme, en insérant les articles 160 et 161 dans la Constitution, et d'autre part, que le Constituant a prévu un véritable *numerus clausus* des juridictions judiciaires, et n'autorise dès lors pas le législateur à prévoir un nouveau type de juridiction judiciaire.

En tout état de cause, le projet de créer un Grand tribunal dans chaque arrondissement avec en son sein une juridiction spécialisée en matière environnemental n'a pas été repris dans la concertation Atomium concernant la réforme du paysage judiciaire, entamée fin octobre 2009.

La piste du pouvoir judiciaire « renforcé » semble donc provisoirement abandonnée.

- Encore que ... En novembre 2012, les Ordres des Barreaux apprennent l'existence d'un avant-projet de loi de la Ministre de la Justice « *modifiant le Code judiciaire attribuant dans diverses matières la compétence au juge naturel* ».

Il a notamment pour objet de transférer aux tribunaux du travail le contentieux portant sur les droits subjectifs des agents statutaires de l'autorité fédérale, des entités fédérées, des communes et provinces et des organismes d'intérêt public...

Si l'avant-projet se défend de porter atteinte aux compétences dévolues au Conseil d'Etat par les lois coordonnées du 12 janvier 1973, il confirme en tout cas la compétence du pouvoir judiciaire à l'égard des droits civils.

D. Transférer au Conseil d'Etat la compétence de statuer sur les effets en droit privé de ses arrêts.

Changement de cap.

L'accord de Gouvernement fédéral, intervenu le 1^{er} décembre 2011, précise que l'article 144 de la Constitution, soumis à révision, sera adapté afin qu'y soit consacré le principe selon lequel le Conseil d'Etat et, le cas échéant, des tribunaux administratifs fédéraux, puissent aussi de prononcer sur les effets en droit privé d'une annulation.

Voici le choix qui est aujourd'hui envisagé, qui est en discussion au COMORI, et qui va retenir notre attention aujourd'hui.

Faut-il s'engager dans cette voie, et augmenter la charge de travail du Conseil d'Etat, alors que l'arriéré du Conseil d'Etat n'est toujours pas résorbé ? Le choix

du Gouvernement ne met-il pas en péril la poursuite des efforts accomplis pour résorber cet arriéré ?

Le droit d'obtenir la réparation de son dommage fondé sur l'article 1382 du code civil étant nécessairement un droit subjectif civil, l'accord de Gouvernement ne porte-t-il pas en germe une atteinte disproportionnée aux attributions naturelles du pouvoir judiciaire ?

Un régime de satisfaction équitable organisé en dehors de tout contrôle de la Cour de Cassation, sans même le bénéfice d'un double degré de juridiction, se concilie-t-il avec les principes de sécurité juridique et d'égalité ?

Où réside l'intérêt du justiciable ?

Et puis, comme l'OVb l'a bien mis en évidence, quel est l'intérêt d'une telle réforme, dès lors qu'au nord du Pays, le législateur régional a déjà dessaisi le Conseil d'Etat de sa compétence d'annuler et de suspendre les actes administratifs à portée individuelle dans la matière de l'urbanisme, et qu'au sud du Pays, la Wallonie semble aller dans le même sens ?

Le mouvement va sans doute s'amplifier, car il a déjà été sérieusement envisagé de transférer explicitement aux entités fédérées la compétence de créer des juridictions administratives dans les matières qui leur sont attribuées.

Le débat n'est donc pas clos.

Dans l'intervalle, en sa séance du 26 avril 2013, le Gouvernement fédéral a adopté en première lecture un avant-projet de loi qui vise à mettre en œuvre un autre aspect de l'accord gouvernemental, qui vise à « *améliorer la procédure devant le Conseil d'Etat, afin de répondre davantage à des préoccupations concrètes dans l'intérêt du justiciable et des autorités administratives* ».

Cet avant-projet de loi, actuellement soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat va nous être présenté par Monsieur Raphaël Born, expert au cabinet de madame la Ministre de l'Intérieur.

LA RÉFORME DU CONSEIL D'ETAT OU DU COMPROMIS INCERTAIN AUX PROBABLES AVANCÉES

Raphaël Born, expert au cabinet de la vice-Première Ministre, Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des Chances

Monsieur le Président,
Monsieur le Conseiller d'Etat,
Monsieur le Bâtonnier,
Messieurs les avocats,
Mesdames et Messieurs,

Lorsque Maître Renson m'a proposé de participer à ce colloque, je ne m'étais pas aperçu tout de suite de la difficulté de l'exercice.

Je crois pouvoir dire que je connais les textes dont on va parler cet après-midi.

Mais je n'avais pas à l'esprit qu'en faisant cet exposé, je devrais garder la plus grande neutralité. Ces textes sont encore en cours de discussions et ils devront probablement évoluer. Ils sont surtout le fruit de compromis. Les compromis entraînent des concessions. En l'occurrence, elles ont été importantes et il me faut entièrement les assumer - le tout ... sans rechigner !

L'exercice va être difficile aussi, et peut-être surtout, car je mesure bien toute l'inquiétude que la réforme du Conseil d'Etat peut susciter chez certains. Cette réforme va-t-elle remédier aux maux dont le patient semble tellement souffrir ? Le Conseil d'Etat ne va-t-il pas, au contraire, devenir trop outillé pour venir en aide à l'administration, ce au détriment du justiciable et du Conseil d'Etat lui-même ?

Dans la seconde partie de mon exposé, je vais vous présenter les principales mesures adoptées. Je veux montrer que l'on a été attentif à ces aspects et que, suivant la logique de compromis qui a prévalu, un équilibre a pu être trouvé.

Cependant, au préalable et dans une première partie, je tiens à rappeler le contexte et les objectifs poursuivis par cette réforme. Ils constituent la grille de lecture indispensable au travers de laquelle ces mesures doivent être comprises. Ils permettront de mieux cerner la somme d'intérêts que la réforme a tenté de concilier.

Un mot, encore, pour dire que le travail accompli est un travail collectif. Personnellement, je n'ai fait que reprendre un train en marche. Le texte a, au départ, été élaboré par le Conseil d'Etat lui-même, ce conformément aux accords du Gouvernement. Suite à la venue des barreaux, ce texte a été amendé sur certains points. Arrivé quelques jours à peine avant le début des négociations en intercabinet, mon rôle a été de défendre ces textes auprès des partenaires.

Je tiens à souligner que j'ai pu, pour cela, compter sur le précieux concours de Madame Katty Lauvau, greffière au Conseil d'Etat et détachée comme moi au Cabinet Milquet. Les conseils et coups de mains de mes prédécesseurs au Cabinet, l'auditeur Marc Joassart, suivi du premier auditeur, Benoît Cuvelier, ont assurément été tout aussi précieux. Enfin, j'ai bénéficié de l'appui de mes chefs de corps – tout spécialement, de mon Auditeur général, Monsieur Philippe Bouvier, qui m'a toujours très chaleureusement épaulé.

Je profite de la circonstance pour leur rendre publiquement hommage et pour, très sincèrement, les en remercier.

I. Le contexte et les objectifs de la réforme du Conseil d'Etat

L'accord de Gouvernement signé en décembre 2011 comporte deux points à propos de la réforme du Conseil d'Etat.

Le premier concerne le pouvoir d'indemniser le justiciable en cas d'annulation.

Ce premier point n'est pas visé par le projet de réforme dont je vais vous parler. Il fait actuellement l'objet de discussions au « Comité de mise en œuvre des réformes institutionnelles » – ou le Comori. Les huit partis qui y sont représentés se déchirent entre l'option de la responsabilité civile pure et simple et celle de la satisfaction équitable, comme à la Cour européenne des droits de l'homme. Une décision devrait être prise en principe ce lundi 27 mai 2013.

Je dirai simplement ceci : si l'on opte pour l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation connaîtra, plus que probablement, de pourvois contre les arrêts du Conseil d'Etat. Est-il vraiment de l'intérêt du justiciable de se trouver plongé au cœur d'une nouvelle « guerre des juges » qui risque d'être particulièrement douloureuse et ne fera qu'allonger les débats ? Je n'en suis vraiment pas convaincu ...

D'autre part, comme on le verra ci-après, on ne veut pas donner un euro supplémentaire au Conseil d'Etat. Or, lorsqu'on charge trop une barque, elle menace de couler - ici, peut-être de replonger. Est-ce vraiment ce que l'on souhaite pour cette haute juridiction ? Réponse ce lundi.

L'autre point de l'accord du Gouvernement qui concerne la réforme du Conseil d'Etat dit ceci : *« afin de répondre davantage à des préoccupations concrètes dans l'intérêt du justiciable et des autorités administratives, le Gouvernement, en coopération avec le Conseil d'Etat, examinera et adoptera des propositions visant à améliorer la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat »*.

Ce deuxième point est à l'origine de l'avant-projet de loi que je vais vous présenter. Il s'agit donc d'améliorer la procédure pour répondre aux préoccupations concrètes du justiciable et des autorités administratives.

Cela fait plusieurs années que l'efficacité de la justice administrative est remise en cause. Que ce soit l'arriéré, le référé ou certaines jurisprudences perçues comme trop tatillonnes et formalistes, ce sont autant de critiques que l'on entend fréquemment à l'encontre de la Rue de la Science.

Ces critiques interviennent alors que, dans l'année 2011, la presse se fait l'écho de plusieurs affaires emblématiques, en particulier du côté flamand. Le tram de Wijnegem ou le Fonctionnaire d'Anvers ont acquis une notoriété à laquelle ils n'étaient pas destinés.

Par ailleurs, il faut le dire, vers la même époque, le passif de l'ancien contentieux des étrangers est résorbé. Et les Néerlandophones viennent de créer leur juridiction administrative en matière d'urbanisme. Dans l'esprit de certains, et notamment au Conseil d'Etat, il y a donc du monde à occuper en son sein. A mon sens, ce propos doit être fortement nuancé. Mais n'entrons pas dans ce débat.

Le contexte paraît propice à une grande réforme du Conseil d'Etat. Avec les affaires que je viens d'évoquer, le monde politique – surtout flamand – s'en mêle et cette réforme devient alors incontournable. Certains y voient même une question de survie pour cette institution.

Au fil des discussions, les objectifs s'affinent. Il s'agit non seulement de revoir la procédure mais aussi de donner de nouveaux instruments à cette juridiction, pour éviter d'utiliser l'arme lourde de l'annulation aux effets rétroactifs, lorsque des irrégularités mineures en sont à l'origine. La réforme du Conseil d'Etat se veut « qualitative » et des termes quelque peu exotiques comme la « boucle administrative » ou, en néerlandais, de « administratieve lus » font leur apparition dans le langage commun du droit administratif.

Pour certains, cette boucle est, toutefois, devenue un symbole. Le symbole d'une réforme qui avantagerait à outrance les pouvoirs publics, au détriment des justiciables. Le Conseil d'Etat redeviendrait-il ce qu'il a été avant, soit, sous Napoléon, le Conseil ... de l'Etat ?

Face à ces premières critiques, la volonté de baliser autant que possible ces nouveaux instruments s'est alors faite jour et le souci de trouver un réel équilibre entre toutes les parties est clairement exprimé.

Reste cependant la question budgétaire. L'horizon est bouché. De nouvelles compétences vont être confiées au Conseil d'Etat et l'inquiétude est grande qu'à moyens constants, la perspective d'un traitement rapide des dossiers soit de nouveau reportée. Cette crainte est d'autant plus vive que le spectre de l'extinction de l'extension de cadres obtenue en 2006 se profile à partir du 1^{er} septembre 2013. Faut-il faire beaucoup plus avec moins de moyens ? Un compromis est finalement trouvé : on ne reçoit rien de plus mais on ne perd rien !

Dans ce contexte budgétaire difficile, un nouvel objectif, empreint d'un plus grand réalisme, se découvre au fil des discussions : il s'agit, tout à la fois, de faciliter l'accès du Conseil d'Etat au plus grand nombre, tout en veillant à ce qu'il puisse se concentrer sur les recours et les critiques qui présentent un réel intérêt pour le justiciable. Ce réalisme va sous-tendre plusieurs des dispositions adoptées.

L'objectif de l'amélioration de la procédure a donc bien guidé la réforme du Conseil d'Etat. Mais derrière cette finalité d'apparence assez simple, se dissimule une multitude de préoccupations qui n'ont pas toujours été aisées à concilier.

Toute la gageure a été de passer de ces compromis incertains à de probables ou véritables avancées.

II. Les principales mesures de la réforme du Conseil d'Etat

L'avant-projet de loi qui a été approuvé en Conseil des ministres le 26 avril dernier comprend au total trente-trois articles.

Certains d'entre eux ont trait à la compétence du Conseil d'Etat, d'autres à la procédure devant cette juridiction et d'autres encore à son organisation.

Je vais me concentrer sur la procédure au Conseil d'Etat et, à cet égard, j'évoquerai trois « paquets » de mesures distinctes.

a) L'accès au Conseil d'Etat

Le premier « paquet » de mesures concerne l'accès au Conseil d'Etat. Elles concrétisent l'objectif que je viens d'évoquer, à savoir, d'une part, rendre cet accès plus aisé aux justiciables, tout en essayant, d'autre part, de permettre au Conseil d'Etat de se concentrer sur les moyens qui ne présentent qu'un réel intérêt pour eux et qui font donc progresser leur cause.

- Le mandat *ad litem*

La première nouveauté tient au mandat *ad litem*.

Le mandat *ad litem*, c'est le pouvoir de représentation dont jouissent les avocats, en vertu de l'article 440 du Code judiciaire.

Devant les cours et les tribunaux, ce mandat est interprété comme faisant présumer l'existence d'une décision d'agir prise par les personnes physiques ou morales, représentées par des organes compétents. La simple présence de l'avocat suffit à en faire état.

Au Conseil d'Etat, cette présomption n'est pas admise. La régularité de la décision d'agir prise par une personne capable doit donc être démontrée. Ce n'est pas toujours compatible avec la vie des affaires et la vitesse à laquelle ces sociétés doivent agir. De son côté, le Conseil d'Etat doit consacrer beaucoup de temps à l'examen de cette question, ce qui le détourne de la mission que l'on attend de lui et qui est de trancher le fond des litiges.

Dans les nouvelles dispositions, il est donc prévu d'instaurer une même présomption de la régularité de la décision d'agir des personnes physiques ou morales capables, lorsqu'elles sont représentées par un avocat. Cette présomption est réfragable.

- La définition de la notion de « forme substantielle »

Le deuxième point touche à la notion de « forme substantielle ».

Vous le savez, selon l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des autorités administratives ou des autorités y assimilées.

En l'occurrence, l'idée est de faire en sorte que seules les formes substantielles qui sont de nature à avoir une incidence concrète sur le sens de la décision prise ou qui ont privé les intéressés d'une garantie ou, encore, qui ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte, seront de nature à conduire à l'annulation d'un acte.

Cette disposition est inspirée de l'arrêt *Danthony* rendu par l'assemblée générale du Conseil d'Etat de France en décembre 2011. Elle procède de la volonté de permettre au Conseil d'Etat de se concentrer sur les moyens qui présentent un réel intérêt pour les requérants. Elle devrait également contribuer à diminuer les cas d'application de la boucle administrative, examinée ci-après.

- La promotion de la médiation

L'assouplissement des conditions de la médiation vise à promouvoir ce mode alternatif de règlement des conflits au profit des justiciables. En même temps, il doit permettre au Conseil d'Etat de se concentrer sur les litiges *a priori* plus complexes.

En substance, il est prévu que le délai de soixante jours prévu à l'article 19 des lois coordonnées, pour introduire un recours en annulation, sera suspendu, pour une durée maximale de quatre mois, à compter de l'introduction d'une plainte auprès d'un médiateur. Si, à l'issue de ce délai, le requérant veut tout de même introduire son recours au Conseil d'Etat, il lui restera le solde du délai non utilisé initialement. Le but a été de ne pas prolonger indument la procédure.

L'avant-projet modifie aussi la loi du 22 mars 1995 relative aux médiateurs fédéraux. La médiation en cours devant eux pourra se poursuivre, même si un recours est introduit au Conseil d'Etat. Actuellement, ce n'est pas possible puisque tout recours suspend la procédure en médiation.

L'on espère, de la sorte, que le Conseil d'Etat sera déchargé de recours qui peuvent être aisément réglés par ce biais.

b) Le nouveau référé

Le deuxième « paquet » de mesures concerne le référé administratif. Des modifications substantielles y sont apportées, concernant cette procédure en tant que telle et celle qui n'appelle que des débats succincts.

- La procédure en référé

Premier changement important, c'est au sujet du risque de préjudice grave difficilement réparable.

Par tous les termes qu'elle comporte, cette notion a donné lieu à une jurisprudence abondante et parfois disparate, qui la rend difficilement objectivable. Elle exige aussi un examen tellement minutieux qu'elle empêche de s'atteler à l'examen du caractère sérieux des moyens. L'avant-projet de loi abandonne cette condition de la suspension et la remplace par celle plus claire et évolutive de l'urgence.

Cette urgence au Conseil d'Etat est une notion de fait et devra s'inspirer de celle en référé au judiciaire. Elle devra aussi tenir compte du délai habituel auquel doit tendre le traitement d'une affaire en annulation. Idéalement, ce délai ne peut dépasser un an et demi à deux ans pour avoir son arrêt. C'est à l'aune de ce délai qu'on pourra dire si une affaire devient urgente ou non.

Le deuxième aspect de la réforme du référé tient à la disparition de la requête unique pour demander la suspension. Cette modalité a été introduite en 2006 mais elle s'est révélée contreproductive. Contreproductive parce qu'elle encourage l'introduction automatique de demandes de suspension, dans l'espoir d'avoir plus rapidement un arrêt au fond. Le projet de loi abandonne ce système, au profit d'une demande de suspension qui pourra être introduite postérieurement à l'introduction du recours en annulation, si l'urgence le justifie.

Plusieurs demandes de suspension pourront aussi être introduites au cours d'une même procédure, étant entendu que seuls des éléments nouveaux pourront justifier l'introduction de ces nouvelles procédures. De même, en principe, une fois que l'auditeur aura conclu son examen du recours en annulation, il ne pourra plus être question d'introduire une demande de suspension, sauf en extrême urgence.

Un dernier aspect de la réforme tient à la balance des intérêts dans le référé ordinaire. Actuellement, elle ne vaut qu'en extrême urgence, dans la matière des marchés publics.

Elle va être étendue au référé classique, mais pour autant que les conséquences négatives de la suspension l'emportent de manière « *manifestement déraisonnable* » sur les avantages que le requérant pourrait retirer de la suspension.

En marchés publics, le Conseil d'Etat a fait un usage extrêmement modéré de la disposition en cause. Je ne doute pas que, dans sa grande sagesse, il se montrera tout aussi prudent – et même plus encore – pour la suspension ordinaire.

- Les débats succincts

La procédure en débats succincts est un autre point lié à la réforme en référé qui a suscité de nombreuses discussions parmi les partenaires du Gouvernement.

Toute la question a porté sur le monopole de l'auditeur dans cette procédure. Certains ont cru y voir un frein à son utilisation, alors qu'elle doit permettre d'avoir plus rapidement son arrêt au fond. Je vous laisse juges de cette appréciation.

Mais un compromis a finalement été trouvé - baroque il faut le dire - pour que les parties puissent demander la mise en œuvre de ce mécanisme. L'auditeur a donc perdu son monopole. Mais il n'a pas tout perdu ! Il pourra s'opposer à cette demande s'il juge que la condition de l'urgence n'est pas remplie ou s'il estime que la cause n'appelle pas que des débats succincts. Dans ce dernier cas, la formule qui a été trouvée est que seule une chambre à trois conseillers

pourra s'opposer à l'avis de l'auditeur et, donc, décider de tout de même trancher l'affaire au fond.

Il faudra voir si cette procédure permettra effectivement d'accélérer le cours de la procédure, comme certains l'ont souhaité initialement. Mais elle a été le prix à payer d'un compromis parmi les plus difficiles à trouver.

c) L'issue de la procédure au Conseil d'Etat

Mon troisième « paquet » de modifications porte sur les nouvelles mesures qui pourront être prises à l'issue du litige.

Ce sont celles que les partis politiques – surtout néerlandophones – ont appelé de leurs vœux, après les affaires du tram de Wijnegem ou du fonctionnaire d'Anvers. Ce sont sans doute celles aussi qui ont suscité le plus grand nombre de réserves parmi bon nombre des avocats qui se sont manifestés.

- Le maintien des effets des actes individuels annulés

La première mesure est celle qui, dorénavant, va permettre le maintien des effets des actes individuels annulés, comme c'est déjà le cas des actes réglementaires : il s'agit de la modification de l'article 14 *ter* des lois coordonnées.

L'accord du Gouvernement imposait d'améliorer la procédure en tenant compte des préoccupations concrètes des justiciables mais aussi des autorités administratives. Cette mesure-ci en fait clairement partie.

Je n'ignore pas les controverses doctrinales qui portent sur les difficultés inhérentes à la mise en œuvre de cette disposition - notamment lorsque l'acte annulé dont les effets sont maintenus, est soumis au contrôle des juridictions de l'ordre judiciaire.

Le point de vue du Cabinet Intérieur est que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n°18/2012 du 9 février 2012, a validé cet article 14^{ter} : l'article 159 de la Constitution n'a plus cette portée absolue comme auparavant et il doit s'interpréter en tenant compte d'autres dispositions tel l'article 160 de la Constitution ou le principe général du droit à la sécurité juridique.

Je serai curieux de voir comment la Cour de cassation va réagir lorsqu'elle sera saisie du problème. Mais il est certain que la voie est apparue dégagée pour les partisans de ce mécanisme, désireux de l'étendre aux actes individuels.

Dans le même temps, on a renforcé les garanties du justiciable, en cas d'application de cette mesure. Elle ne peut être adoptée qu'en cas de demande des parties adverse ou intervenante et pour autant que des raisons exceptionnelles le justifient.

Ces restrictions valent tant pour les actes individuels que pour les actes réglementaires, ce qui constitue une avancée par rapport à la version actuelle de l'article 14^{ter}.

- La boucle administrative

La boucle administrative est l'autre grande mesure de cette réforme. Comme je l'ai indiqué d'emblée, elle en constitue peut-être d'ailleurs le symbole. Du côté flamand, cette boucle est quelque chose d'« onbespreekbaar » ou de non

négociable : on veut de la boucle partout. Mais du côté des barreaux aussi, c'est devenu un autre symbole, celui du déséquilibre de la réforme.

Or, pour moi, il convient d'en relativiser la portée.

Le but n'est pas d'empêcher le Conseil d'Etat de censurer tous les actes des autorités administratives. Il s'agit, surtout et dans une certaine mesure, d'éviter des victoires à la pyrrhus où les requérants voient l'acte annulé, aussitôt corrigé et réadopté. Il s'agit, en d'autres termes, d'éviter certaines annulations souvent perçues comme inutiles, dont les effets rétroactifs peuvent être dévastateurs.

L'application de cette boucle sera, à mon sens limitée car, tout d'abord, elle va s'attaquer aux vices de légalité externe. Or, on l'a vu, un tri aura déjà été effectué en amont, grâce à la redéfinition de la notion de forme substantielle.

De plus, parmi les conditions auxquelles elle devra répondre, il faudra, d'une part, que l'irrégularité puisse être *rapidement* réparée et, d'autre part, que le *sens de la décision* ne soit pas modifié. Ces deux derniers éléments sont essentiels et c'est ce qui permet de dire que seules des irrégularités mineures pourront donc être corrigées.

L'exemple de l'étude d'incidence qui est à l'origine de l'affaire du tram de Wijnegem, est à ce titre, selon moi, un mauvais exemple. L'on ne peut présumer que le respect de cette formalité n'aura pas d'incidence sur la décision finale. Qui plus est, elle ne peut être rapidement corrigée.

En revanche, l'on peut citer le cas de signature manquante ou de la motivation par référence qui n'aurait pas été correctement appliquée. Une motivation formelle inexistante pourrait aussi devoir être corrigée, si le dossier administratif livre les motifs de l'acte attaqué. Par contre, avec une motivation inadéquate, l'on passe d'un vice de légalité externe à un vice de légalité interne. Le risque existe que l'on modifie les motifs de l'acte litigieux, ce qui reviendrait à en changer la portée. A mon sens, c'est donc difficile de l'envisager.

D'un point de vue procédural, je dois aussi concéder que le processus est assez lourd. Selon que la boucle est proposée par l'auditeur ou d'office par le siège, ce ne sont pas moins de deux ou trois arrêts qui, successivement, constateront les illégalités retenues, proposeront la boucle, confirmeront l'application du mécanisme et s'assureront qu'il a bien été appliqué. Ces étapes visent à s'assurer que l'autorité souhaite bien corriger son acte et qu'elle ne va pas en profiter pour changer de décision.

Cette lourdeur dans l'application, couplée au champ d'application limité de la boucle administrative, ne va pas contribuer à voir ces boucles se multiplier.

Mais je pense qu'elle aura au moins cette vertu que l'on soupçonne moins : elle incitera à réorienter les débats des plaideurs et l'examen des magistrats sur des problèmes qui touchent davantage à la légalité interne, plutôt qu'à la légalité externe, soit ceux qui sont les plus susceptibles d'être récupérés par la boucle.

Vu la portée limitée de la boucle, cela ne revient pas à dénier l'importance de toutes ces formalités, mais uniquement de restaurer un certain équilibre par rapport à la plus-value que certaines d'entre elles peuvent apporter.

Je pense donc qu'il faut laisser sa chance à cette nouveauté et qu'elle ne doit pas être *a priori* condamnée.

- L'aide à l'exécution des arrêts

Parmi les mesures relatives à l'issue des litiges, l'on peut enfin mentionner celle qui a trait à l'exécution des arrêts d'annulation. Combien de fois n'a-t-on assisté à des litiges où la partie adverse peine à exécuter des arrêts qui annulent ses décisions ? S'ensuivent des litiges à répétition où, de nouveau, le requérant mais, aussi, l'autorité et le Conseil d'Etat lui-même en sortent, quelque part, « fatigués », sinon « épuisés ».

Une première solution a, dès lors, été préconisée pour remédier à cette difficulté. Elle se voulait ambitieuse pour la haute juridiction. Il s'agissait de créer une troisième section en son sein, aux côtés de celle du contentieux administratif et de la législation : elle aurait porté le nom de « section du suivi des arrêts ». Une nouvelle fois, le modèle français n'était pas très éloigné. Le Conseil d'Etat de France comprend, en effet, une section relativement semblable, dite « du rapport et des études ».

Celle envisagée pour notre haute juridiction aurait eu pour principale mission de guider les parties dans l'exécution des arrêts d'annulation, en veillant au respect de l'autorité de la chose jugée. Un des conseillers ayant siégé pour l'arrêt à exécuter aurait fait partie du siège de la nouvelle section à créer.

La réalité budgétaire est, cependant, passée par là – et a coupé court à ce beau projet. Une formule alternative a, finalement, été adoptée et consiste dans l'aide à l'exécution des arrêts d'annulation. Si les parties le demandent, la chambre saisie du recours devra y préciser, dans les motifs, comment remédier aux irrégularités ayant conduit à ces annulations, ce toujours dans le respect de l'autorité de chose jugée de ces arrêts.

Cette mesure est probablement moins ambitieuse que la première. Mais, techniquement, elle est certainement aussi audacieuse et elle pourra se révéler très utile dans le cas d'arrêts complexes qui posent des difficultés particulières d'application.

III. Conclusion

Je termine, Monsieur le Président, en disant ces quelques mots.

Dans la préface du remarquable ouvrage sur la naissance du Conseil d'Etat de Belgique que mon Auditeur général, Monsieur Philippe Bouvier, a écrit l'année passée, le Professeur et par ailleurs ami, David Renders, écrivait que l'histoire de cette juridiction pouvait se résumer en un mot : « celui de contretemps ».

Il écrivait aussi, fort à propos, que le livre de Philippe Bouvier arrivait à temps : « le temps d'un rendez-vous. Un rendez-vous que l'Etat et son Conseil doivent se donner. Un rendez-vous que l'Etat et son Conseil ne peuvent plus manquer ».

La réforme du Conseil d'Etat arrive-t-elle encore à temps ou est-elle déjà à contretemps ?

Les avis seront nécessairement partagés.

Ce que je tiens à souligner, c'est que, par des solutions pragmatiques et, il faut le dire, parfois résolument originales, la présente réforme a tenté de répondre, d'une manière qui s'est voulue la plus équilibrée, aux « préoccupations concrètes du justiciable et de l'autorité ».

Ces préoccupations sont parfois contradictoires et le point de vue de l'un doit être ouvert sur celui de l'autre, si l'on veut pouvoir les concilier. Dans l'environnement juridique de plus en plus complexe, il faut aussi admettre que certains paradigmes juridiques doivent évoluer.

Alors, la réforme du Conseil d'Etat, à temps ou à contretemps ?

Je pense que, de tous ces compromis incertains, la réforme permettra de probables avancées.

Dans la posture qui est la mienne, je forme le vœu qu'elle soit arrivée à temps.

Je vous remercie pour votre attention.

DE QUELQUES PERPLEXITÉS D'UN JUGE DE L'ORDRE JUDICIAIRE

Christian Storck, Président de la Cour de cassation

(L'auteur s'exprime à titre personnel)

1. Le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, qui tous émanent de la Nation (Const., art. 33, al. 1^{er}) et sont exercés de la manière établie par la Constitution (al. 2), forment ensemble le fondement de notre État de droit.

La Cour de cassation a décidé que, *bien que le principe de la séparation des pouvoirs ne soit énoncé par aucune disposition constitutionnelle, la Constitution, considérée dans son ensemble, en consacre l'application* (Cass., 10 juin 1996, Bull. et Pas., 1996, I, n° 227, avec les conclusions de monsieur le procureur général Jean-François Leclercq, alors avocat général). À ce principe général du droit doit être reconnue une valeur constitutionnelle qui a pour effet que la loi ne saurait y déroger.

Ce principe tend, comme l'énonce l'arrêt *Ferrara Jung* du 28 septembre 2006, à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'État. Cet équilibre assure à chacun d'eux par rapport aux autres une indépendance contrôlée dont la mesure est le respect dû à la Constitution et au principe de la légalité.

2. L'indépendance d'un pouvoir suppose qu'il ne puisse pas être porté atteinte à la sphère de ses attributions.

C'est l'objet, s'agissant du pouvoir judiciaire, des articles 144 et 145 de la Constitution.

L'article 144 dispose que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ; aux termes de l'article 145, les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi.

Tels sont les textes fondateurs de la mission constitutionnelle des cours et tribunaux, à la tête desquels la Cour de cassation, qui placent sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire, suivant la jurisprudence constante de la Cour de cassation, *tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent*, et, en règle, les droits politiques.

3. D'une part, l'article 144 de la Constitution détermine le point d'équilibre entre la compétence des cours et tribunaux et celles d'autres organes juridictionnels qui n'appartiennent pas au pouvoir judiciaire mais relèvent du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. C'est pourquoi cette disposition constitutionnelle est au cœur du contrôle que la Cour de cassation, à qui l'article 158 de la Constitution attribue le pouvoir de prononcer sur les conflits d'attribution, exerce sur les décisions par lesquelles le Conseil d'État décide pouvoir ou ne pas pouvoir connaître d'une demande qui lui est déférée par le motif qu'elle rentre ou ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire.

D'autre part, tenant pour conforme à l'intérêt général que l'État ne puisse pas impunément porter atteinte aux droits subjectifs, l'article 144 de la Constitution, qui garantit le citoyen contre l'arbitraire du pouvoir - quel qu'il soit - en lui ménageant un recours devant un juge indépendant et impartial, soumet la puissance publique au droit commun.

4. La jurisprudence relative à la responsabilité extracontractuelle de l'État s'est édifiée sur la base de l'article 144 de la Constitution :

En attribuant aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils, l'article 144 de la Constitution met sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils.

En vue de réaliser cette protection, la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contondantes ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit faisant l'objet de la contestation.

L'État est, comme les gouvernés, soumis aux règles du droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes des personnes.

C'est par ces considérations exprimées en termes identiques que s'ouvrent tous les arrêts de la Cour de cassation relatifs à la responsabilité de la puissance publique, qu'il s'agisse du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif ou du pouvoir judiciaire.

5. Ces considérations soulignent l'originalité de notre Constitution.

Le Congrès national a entendu ne pas soustraire en principe la puissance publique au droit commun. Il a tenu pour conforme à l'intérêt général qu'elle ne pût impunément porter atteinte aux droits civils des citoyens ; la protection de ces droits ne lui a pas paru pouvoir être opposée à l'intérêt général, qui ne se confond pas avec celui de la puissance publique ; il relevait, à ses yeux, de l'intérêt général que les droits civils fussent garantis. Et il a voulu que la puissance publique fût justiciable des mêmes juges que les particuliers lorsque ces droits sont en cause.

Ce trait distinctif de la Constitution belge explique que la responsabilité de l'État ait pu se développer dans d'autres conditions qu'à l'étranger, et notamment qu'en France où a dès l'origine prévalu une conception confiant le contentieux auquel la puissance publique est partie à des juridictions ne relevant pas de l'ordre judiciaire et appréciant suivant des critères spécifiques la réparation due aux particuliers qui sont victimes d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques.

6. La déclaration de révision de la Constitution soumettait l'article 144 à révision en ce qui concerne la responsabilité de l'État sous tous ses aspects et ce, à la lumière de la séparation des pouvoirs. Cette déclaration de révision a fait suite à l'arrêt *Ferrara Jung* par lequel la Cour de cassation, faisant application des principes qui avaient

dicté, s'agissant de la responsabilité du pouvoir exécutif, son arrêt *La Flandria* et, s'agissant du pouvoir judiciaire, son arrêt *Anca*, a décidé qu'une faute du pouvoir législatif pouvait engager la responsabilité de l'État. L'intention de réviser en ce sens l'article 144 ne paraît plus d'actualité.

L'accord de gouvernement prévoit en revanche que *l'article 144 de la Constitution sera adapté afin qu'y soit consacré le principe selon lequel le Conseil d'État et, le cas échéant, des tribunaux administratifs fédéraux puissent aussi se prononcer sur les effets en droit privé d'une annulation.*

Cette révision, tendant à d'autres fins que celles qu'énonçait la déclaration de révision de la Constitution, est rendue possible par la disposition transitoire qui a été ajoutée le 29 mars 2012 à l'article 195 de la Constitution. Elle doit être réalisée dans le cadre de la sixième réforme de l'État que prépare actuellement la commission de mise en œuvre des réformes institutionnelles.

Pour réaliser cette intention, il est proposé d'ajouter à l'article 144 de la Constitution un second alinéa prévoyant que, *toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives à statuer sur les effets civils de leurs décisions.*

Le motif affirmé de cette réforme est de ne plus contraindre la partie qui obtient gain de cause devant le Conseil d'État ou devant une autre juridiction administrative fédérale mais qui a subi un dommage que le rétablissement de la légalité par la décision de cette juridiction ne suffit pas à réparer à introduire une nouvelle action devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et à prévenir ainsi des pertes de temps et des coûts préjudiciables à tous.

Nul ne peut contester que, en soi, cette intention soit louable. L'intérêt du justiciable doit évidemment être la pierre de touche de toute réforme qui met en jeu la protection des droits civils.

On ne peut toutefois se défendre du sentiment que les seules justifications de la réforme ne sont pas dénuées d'une certaine ambivalence : d'une part, des mesures efficaces ont été prises pour lutter contre l'arriéré judiciaire qui, s'il n'est pas encore éradiqué, n'est plus, en de nombreuses juridictions, ce qu'il a été ; d'autre part, tout indique que, après l'examen de la demande en annulation devant le Conseil d'État, de nouveaux débats, qui ne seront pas nécessairement plus rapides que devant un tribunal de l'ordre judiciaire, devront être consacrés à la question, qui peut être épineuse, des effets en droit privé de l'annulation.

7. Statuer sur les effets en droit privé d'une annulation, c'est statuer sur la réparation du dommage qui subsiste pour le justiciable nonobstant la restauration de la légalité qu'entraîne l'annulation.

C'est donc statuer sur le droit civil à la réparation du dommage causé par une faute de la puissance publique. Je laisse ici hors de mon propos le pouvoir que le projet de loi reconnaît à bon escient au Conseil d'État d'accorder une indemnité de procédure qui est, suivant les termes du projet, une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause.

Comment atteindre l'objectif ?

Trois options sont possibles, entre lesquelles il incombera au législateur de faire un choix.

8. La première consiste à autoriser le Conseil d'État à statuer, soit en vertu d'une compétence exclusive, soit en vertu d'une compétence concurrente à celle des cours et tribunaux, sur la réparation intégrale du préjudice résultant de la faute commise par l'autorité administrative.

Se développerait alors, dans l'un et l'autre cas, parallèlement à celle des cours et tribunaux, une jurisprudence du juge administratif relative à l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

L'unité de la jurisprudence ne pourrait être sauvegardée qu'en ouvrant un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation contre les décisions de ce juge statuant sur pareil objet.

Cette idée a été émise par le professeur Bocken (« De kers op de taart ? De herziening van artikel 144 van de Grondwet en de Raad van State », T.P.R., 2012, 7-25). Elle a été expressément évoquée lors des travaux préparatoires de la disposition transitoire de l'article 195 de la Constitution, auxquels, même s'ils ne lient pas le constituant, il n'est pas interdit de se référer. Le fondement constitutionnel de ce recours peut à mon humble avis être trouvé dans l'article 144 de la Constitution lui-même. Celui-ci, nous l'avons vu, attribue actuellement aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire toutes les contestations ayant pour objet des droits civils. La réforme tend à apporter une exception à ce principe. Le recours en cassation contre les décisions des juridictions administratives statuant sur les contestations ayant pour objet des droits civils dont la connaissance leur serait désormais attribuée en vertu de cette exception peut être conçu comme une limitation à l'exception ou une subsistance du principe.

9. La seconde option consiste à permettre à la section du contentieux administratif, sur la demande de la partie requérante ou de la partie intervenante, d'allouer à une partie une satisfaction équitable à la charge d'une partie adverse en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé.

La satisfaction équitable que le Conseil d'État pourrait accorder à la partie requérante ou intervenante qui en fait la demande ne supposerait, strictement, pas l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil, de sorte qu'aucune atteinte à l'unité de la jurisprudence ne doit, formellement, être redoutée dans cette hypothèse.

Si la satisfaction équitable ne correspond pas exactement à l'indemnisation de la lésion d'un droit ou d'un intérêt légitime, ces deux notions présentent certaines similitudes et le juge administratif s'inspirera naturellement des allégations et preuves des parties à l'effet d'allouer une indemnité aussi complète que possible. On ne peut en outre se dissimuler que, pour accorder la satisfaction équitable, le Conseil d'État ne pourra se limiter à l'évaluation du dommage à compenser mais devra aussi apprécier si ce dommage résulte de l'acte annulé.

10. La satisfaction équitable ne répare pas nécessairement l'intégralité du préjudice subi.

Dans une première variante de cette option, la partie qui a demandé la satisfaction équitable ne pourra pourtant pas, si la satisfaction la laisse insatisfaite, demander au pouvoir judiciaire la réparation intégrale de son préjudice.

Son choix de demander la satisfaction équitable sera irrévocable. La partie ayant introduit une demande de satisfaction équitable ne pourra plus tenter une action en responsabilité civile visant à réparer le préjudice allégué.

On mesure aussitôt les conséquences de ce choix : la partie qui le fait perd le droit à la réparation intégrale de son préjudice ; son sort dépend de la décision, prise en équité, du seul Conseil d'État, contre laquelle ne lui est ouvert aucun recours ; son seul espoir est que le Conseil d'État demeure fidèle à la volonté de se rapprocher le plus possible, dans l'appréciation de la satisfaction équitable, des critères qui déterminent l'évaluation du dommage en droit commun.

11. Dans une autre variante, le choix de la partie requérante ou intervenante de demander une satisfaction équitable ne sera pas irrévocable.

Si une partie requérante ou intervenante demande la satisfaction équitable, la section du contentieux administratif pourra, après annulation, et après un débat contradictoire, fixer dans un nouvel arrêt le montant de la satisfaction en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé.

Il appartiendra à la partie qui obtient cette satisfaction, soit de demander, dans un délai déterminé, l'exécution de l'arrêt du Conseil d'État, auquel cas elle perdra le droit d'intenter une action en responsabilité civile devant les tribunaux, soit de renoncer à cette exécution pour saisir ces tribunaux de pareille action.

Cette option ne porte pas atteinte au droit du justiciable à la réparation intégrale de son préjudice.

C'est la raison pour laquelle, dans la mesure où une révision de l'article 144 de la Constitution doit être tenue pour inéluctable, la Conférence permanente des chefs de corps a tenu cette option pour la seule acceptable. Elle est, tout en réalisant les objectifs de la révision de l'article 144 de la Constitution, seule de nature à apaiser les tourments d'un juge inquiet de la protection des droits civils.

12. Parallèlement, le projet de loi portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État prévoit de remplacer l'article 14^{ter} des lois coordonnées par la disposition suivante :

À la demande d'une partie adverse ou intervenante, si la section du contentieux administratif l'estime nécessaire, elle indique ceux des effets des actes ou règlements annulés qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine.

La mesure prévue à l'alinéa 1^{er} ne peut être ordonnée que pour des raisons exceptionnelles, lorsque celles-ci justifient que le principe de sécurité juridique prime sur celui de la légalité, par une décision spécialement motivée sur ce point et après un débat contradictoire.

La possibilité pour le Conseil d'État de moduler dans le temps l'effet de ses arrêts serait ainsi étendue aux actes individuels.

Même si, par rapport à l'avant-projet initial, les conditions strictes énoncées à l'alinéa 2 du texte sont de nature à procurer certains apaisements, il n'en reste pas moins que la modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation pose, sous l'angle de la protection des droits subjectifs, de graves questions.

On sait que l'article 159 de la Constitution impose aux cours et tribunaux de *n'appliquer[...] les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois.*

Cette disposition, qui complète utilement la protection des droits subjectifs mise en place par l'article 144, s'applique aussi, selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, aux actes individuels. La jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît d'ailleurs à l'article 159 de la Constitution et au principe de la légalité qu'il consacre une portée absolue qui ne tolère pas d'exception justifiée sur la base, par exemple, des principes de bonne administration, qui comportent le droit à la sécurité juridique.

Or, la modulation dans le temps des effets d'une annulation est inspirée d'une toute autre conception du principe de la légalité, ainsi que l'exprime fort bien l'arrêt n° 18/2012 de la Cour constitutionnelle du 18 février 2012 :

Si l'article 159 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au mode de contrôle de légalité qu'il consacre, une telle restriction se justifie néanmoins si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres dispositions constitutionnelles ou de droits fondamentaux. Tenu de garantir notamment le principe de sécurité juridique, le législateur se doit de régler le mode de contrôle de l'action administrative, ce qui peut exiger des restrictions au contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes réglementaires, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi.

Quoi qu'il en soit de cette divergence de vues, qui ne manquera sans doute pas de susciter à l'avenir de vifs débats jurisprudentiels, il me paraît que la modulation dans le temps des effets d'une annulation devrait rester sans incidence sur le droit de la partie lésée par la faute de l'administration d'obtenir, soit la réparation, devant le juge civil, soit la compensation équitable, devant le juge administratif, du dommage qui en est résulté pour elle, alors même que ce préjudice résulterait précisément d'effets qui, pour des considérations d'intérêt général, seraient maintenus à titre provisoire ou à titre définitif.

13. Le projet prévoit en outre l'insertion dans les lois coordonnées d'un chapitre intitulé *De la boucle administrative*. Les dispositions que comporte ce chapitre tendent à permettre à la section du contentieux administratif de *charger l'administration, par voie d'arrêt interlocutoire, de corriger ou de faire corriger un vice dans l'acte attaqué*.

Pareil pouvoir appelle des observations similaires à celles que l'on a faites au sujet de l'extension aux actes individuels de la faculté offerte au Conseil d'État de moduler dans le temps les effets de ses arrêts d'annulation.

14. Sous l'angle de la protection des droits subjectifs, il faut se demander si le Conseil d'État pourra encore apparaître aux yeux des justiciables comme un juge indépendant et impartial en mesure de se prononcer sur les effets *en droit privé* d'une annulation, ce qui est l'intention initiale de la réforme projetée.

D'une certaine manière, la réforme repose sur des intentions contradictoires : limiter, d'une part, au nom de l'intérêt général, les effets, parfois mal perçus par le politique, du pouvoir d'annulation reconnu à la section du contentieux administratif, en associant celle-ci à l'action de l'administration, d'autre part, donner à cette juridiction, dont la distance avec l'administration s'amenuise, le pouvoir de se prononcer sur les conséquences civiles de ses décisions, en réduisant d'autant la protection constitutionnelle des droits subjectifs.

On ne peut se défendre de l'idée que combiner ces deux objectifs comme le fait la réforme en cours aboutit à restreindre, sans le dire, la protection du droit subjectif des administrés à la réparation intégrale du dommage qu'ils subissent par la faute de l'administration et à remettre en cause la jurisprudence séculaire de la Cour de cassation qui a dégagé tous les effets de la Constitution érigeant le pouvoir judiciaire en protecteur exclusif de ce droit.

PROPOS SUR LE PROJET DE RÉFORME EN DISCUSSION

Michel Leroy, Président de chambre au Conseil d'État, Chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles

Preamble

J'indique avant tout que je m'exprime ici en mon nom personnel. Je n'ai pas reçu mandat du Conseil d'État pour exprimer son opinion, à supposer qu'on puisse imputer une opinion unique à une institution qui compte environ cent quarante magistrats et dont la culture n'est pas vraiment de type stalinien. La réforme en cours appellerait de très nombreux commentaires, mais le temps que les organisateurs de cet après-midi d'études m'ont imparti impose de restreindre mes ambitions. Je me limiterai à quelques aspects qui sont de nature à intéresser un auditoire composé en bonne partie d'avocats. Je ne dirai donc rien, par exemple des conditions de nomination des greffiers, et me bornerai à évoquer brièvement cinq points : la relation avec la médiation, la pleine juridiction en matière d'administratives, le pouvoir de substitution en cas de compétence liée, la «boucle administrative» et l'indemnisation.

Sur tous ces points, l'appréciation que je porte se fonde exclusivement sur l'intérêt du justiciable. Avec cette précision – qui paraîtra sans doute au plus haut point inconvenante dans un colloque organisé par des barreaux – qu'il arrive que l'intérêt du justiciable ne coïncide pas avec celui de son avocat, et qu'il lui soit même opposé. Ceci ne vaut évidemment pas pour les avocats présents dans la salle, mais pour des confrères à l'éthique moins rigoureuse. Il arrive aussi que l'intérêt du justiciable ne coïncide pas avec celui de la juridiction. Là aussi, c'est à mes yeux l'intérêt du justiciable qui prime, le propos dût-il déplaire à certains de mes collègues.

La relation avec la médiation

L'avant-projet prévoit que le délai de recours en annulation est suspendu lorsqu'une réclamation est introduite auprès des médiateurs fédéraux, communautaires ou régionaux. Quand les médiateurs estiment qu'une réclamation est fondée, dans 80 % des cas, la médiation aboutit. Et pour la moitié de ces 80 %, elle aboutit dans les quatre mois. La situation actuelle, qui interdit aux médiateurs de poursuivre l'examen d'une réclamation quand un recours contentieux est introduit, et qui oblige les justiciables à former le recours au Conseil d'État dans le délai de 60 jours, est éminemment contreproductive. Car la médiation est une forme de règlement des conflits efficace, économique et de nature à réconcilier les parties plutôt qu'à les dresser l'une contre l'autre. L'intérêt des justiciables (mais pas des avocats...) est qu'elle soit encouragée, et le projet actuel est un grand pas dans cette voie. Le projet se situe d'ailleurs dans la droite ligne des conclusions d'un colloque sur la médiation qui s'est tenu le 30 novembre 2010 ⁽¹⁾.

Il comporte quand même un défaut de conception: c'est que le délai de recours est suspendu, et non interrompu, par la saisine des médiateurs, le texte du projet allant jusqu'à préciser que c'est « la partie non écoulée de ce délai » qui reprend cours lors du rejet de la réclamation ou après quatre mois. Je ne vois pas l'intérêt de préférer la suspension à l'interruption. Dans les cas où le médiateur aura été saisi après cinquante jours, se rend-on bien compte que pour le justiciable qui n'aura pas consulté d'avocat pour formuler sa réclamation au médiateur, il ne restera que dix jours pour en trouver un et pour que celui-ci étudie le dossier et rédige la requête ? Cette disposition ne sert ni l'intérêt des justiciables, ni celui de leurs avocats. Pour les uns comme pour les autres, il vaudrait beaucoup mieux disposer à nouveau de 60 jours.

Je ne partage pas les craintes de M. le Bâtonnier Thiry quant à une éventuelle contradiction entre l'avis des médiateurs et l'arrêt du Conseil d'État. En effet, si la médiation aboutit, ce qui est le cas dans la grande majorité des cas, soit que l'administration corrige sa décision, soit que le réclamant soit convaincu par les arguments exposés au cours de la médiation, le Conseil d'État ne sera pas saisi et aucun arrêt ne pourra être en opposition avec le résultat de la médiation. Ce n'est qu'en cas d'échec de la médiation – soit dans environ 20 % des cas – qu'un recours sera formé et aboutira soit à conforter l'avis que les médiateurs ont formulé et auquel l'administration se refusait à souscrire, soit à une divergence entre cet avis et la chose jugée, divergence qui ne constitue pas nécessairement une contradiction, vu que les critères d'appréciation d'une décision auxquels se réfèrent les médiateurs sont plus larges que ceux qu'applique la juridiction.

La réformation des amendes administratives

On a peu parlé jusqu'ici du pouvoir de réformer les décisions prononçant des amendes administratives, que le projet confie au Conseil d'État. Cette innovation est dans la ligne d'une thèse souvent plaidée, selon laquelle l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales imposerait qu'un recours de « pleine juridiction » soit ouvert devant une juridiction à l'encontre des décisions administratives qui infligent des amendes. La modification projetée n'appelle certes aucune objection tirée de la Convention, mais elle procède d'une interprétation de celle-ci plus rigoureuse que celle qui prévaut à Strasbourg. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet jugé à propos du recours en annulation de droit français, que le tribunal administratif et la cour administrative d'appel étaient des organes judiciaires dotés de la plénitude de juridiction devant lesquels les requérants peuvent librement et utilement faire valoir l'ensemble de leurs arguments, et offrant toutes les garanties imposées par l'article 6⁽²⁾. Je ne vois pas ce qui aurait commandé une solution différente en droit belge.

Le pouvoir de substitution en cas de compétence liée

Je m'étonne plus de ce qu'on ait guère parlé de la disposition du projet qui prévoit qu'en cas de compétence liée, l'arrêt du Conseil d'État puisse se substituer à la décision que l'administration aurait dû prendre. Cette disposition, il est vrai, ne figure pas parmi celles qui déterminent le compétence du Conseil d'État: elle est reléguée au chapitre relatif à l'exécution des arrêts. Ce n'est en effet qu'en cas d'inexécution d'un arrêt que, au terme d'une procédure apparentée à celle qui conduit à imposer des astreintes, un arrêt du Conseil d'État pourra se substituer à la décision de l'administration.

Cette règle touche à une question éminemment complexe, controversée et incertaine, qui tient à la ligne de partage entre la compétence du Conseil d'État est celle de l'ordre judiciaire. Le caractère lié de la compétence de l'administration est en effet retenu par la Cour de cassation, dans la théorie de l'objet véritable du recours, comme critère du droit subjectif et, partant, de la compétence des cours et tribunaux. Il est même parfois énoncé

comme seul critère. Est-ce à dire qu'il soit vraiment le seul ? Je crois plus prudent de le combiner avec un autre critère, tiré de l'objet de la décision. La Cour de cassation n'a, il est vrai, jamais consacré ce second critère, mais aucun pourvoi ne lui a non plus donné l'occasion de le démentir. La plupart de ses arrêts sur la question sont rendus à propos de litiges portant sur des obligations de nature pécuniaire. Là, pas de doute quant la compétence de l'ordre judiciaire. Mais pour des obligations qui portent sur l'exercice d'un pouvoir, sur l'édition d'un acte administratif, la conception que je me fais de la séparation des pouvoirs n'autorise pas un juge à condamner un pouvoir public à prendre une décision dans tel sens. Une personne privée non plus, d'ailleurs, ne peut être contrainte d'exécuter en nature une obligation de faire (*nemo potest praecise cogi ad factum* disaient les Romains); sa défaillance se résout en dommages et intérêts. La jurisprudence du Conseil d'État contient, quant à elle, de multiples arrêts qui statuent sur des recours qui poursuivent l'annulation de décisions prises dans l'exercice d'une compétence liée, sans que la compétence du Conseil ait été contestée, et sans qu'un pourvoi en cassation soit introduit. Le Code bruxellois de l'aménagement du territoire, par exemple, contient une curieuse disposition (l'article 330, § 3) qui impose dans certains cas de délivrer un permis⁽²⁾ d'urbanisme; je ne pense pas que la règle de la séparation des pouvoirs permette à un tribunal de condamner l'administration à délivrer un tel permis.

En tout cas, si cette disposition du projet a pour objet premier d'améliorer l'efficacité des arrêts, elle a aussi pour effet collatéral de résoudre la question controversée. Si c'est le législateur qui le prévoit expressément, il ne me paraît pas que l'on puisse encore raisonnablement soutenir que le Conseil d'État serait incompétent dès que l'acte attaqué procède d'une compétence liée. Et aucune objection d'inconstitutionnalité ne peut être avancée: à considérer même que la disposition en cause confère au justiciable un droit subjectif, il s'agit nécessairement d'un droit de nature politique et non civil, de sorte que l'article 145 de la Constitution permet au législateur de déroger au profit du Conseil d'État, à la compétence de principe des juridictions de l'ordre judiciaire.

La «boucle administrative»

De nombreuses critiques ont été adressées à cette invention hollandaise qu'est la «boucle administrative». On lui a reproché des incohérences, on a dit qu'elle transformerait le Conseil d'État en conseiller de l'administration, qu'elle amènerait l'arbitre des litiges entre l'administré et le pouvoir à quitter son rôle d'arbitre et à jouer avec l'équipe de l'adversaire du justiciable. Ces critiques procèdent à mon sens d'une mauvaise compréhension du mécanisme et de l'objectif qu'il poursuit.

L'ambition première de la boucle est d'éviter des procès inutiles, et d'épargner au justiciable des victoires éphémères suivies de déconvenues à la mesure des espoirs qu'une première manche gagnée avait pu susciter. Elle est aussi de raccourcir non pas l'examen du recours considéré isolément, mais la durée de la situation contentieuse.

Quand un acte attaqué est affecté d'une illégalité qu'il est au pouvoir de l'autorité qui l'a édicté de réparer, son annulation permet sans doute à l'avocat du requérant d'afficher un bulletin de victoire, mais elle n'empêche nullement l'autorité de reprendre un nouvel acte dont la portée soit identique, au grand dam du requérant qui aura l'impression d'avoir fait un coûteux tour pour rien. Et si cet acte était affecté d'autres vices, auxquels l'autorité n'aurait pas pu remédier, il lui faudra engager un nouveau procès avant d'obtenir gain de cause, pourvu que son intérêt subsiste.

La boucle permet de vider en une seule procédure toutes les contestations dont l'acte attaqué fait l'objet. Le Conseil d'État doit statuer sur tous les moyens de la requête, et ce n'est que dans l'hypothèse où aucun vice que l'autorité n'est pas en mesure de réparer,

n'entache l'acte, qu'il peut lancer une boucle. Mais si l'illégalité est réparable, un arrêt la constate et invite l'administration à la réparer. Cet arrêt ne procède d'aucune complaisance vis-à-vis de l'administration; il sanctionne une illégalité comme le ferait un arrêt d'annulation; la réfection à laquelle il permet à l'administration de procéder n'est pas différente de celle à laquelle elle aurait de toute manière pu procéder ultérieurement, et l'administré se trouve dans la situation où il se serait quand même retrouvé en bout de course. Il n'a pas eu, c'est vrai, l'illusion du triomphe, mais que vaut cette illusion éphémère en regard de la future mais durable réalité d'un procès perdu faute d'argument de fond ?

La boucle s'inscrit dans la même logique que la restriction apportée au moyen d'annulation consistant en la violation de formes substantielles. Là aussi, on a accusé les auteurs du projet de favoriser outrancièrement les parties adverses au détriment des requérants. Leur souci est plutôt d'épargner aux requérants la victoire sans lendemain d'une annulation obtenue en raison d'une illégalité formelle, derrière laquelle ne se profile aucune irrégularité de fond.

L'indemnisation

L'idée que le Conseil d'État statue sur l'indemnisation du préjudice causé par un acte administratif qu'il annule n'est pas neuve. Lors de l'élaboration de la loi créant le Conseil d'État, le Sénat avait, en 1939, inséré dans le projet la compétence d'accorder des indemnités connexes à l'annulation⁽³⁾, reprenant l'examen du projet après la guerre, la Chambre n'a pas retenu cette disposition.

Cette compétence aurait représenté une économie de temps et d'énergie considérable. Quand un acte administratif a été annulé, le juge qui a annulé et qui connaît donc le dossier est mieux placé que tout autre pour se prononcer sur cette autre conséquence de l'illégalité qu'est l'indemnisation. Sans doute cela représenterait un surcroît de travail pour lui, mais il y dépenserait assurément moins d'énergie qu'un autre juge pour qui le dossier sera entièrement neuf, et à qui les avocats devront tout expliquer ab initio.

La question revient d'actualité, avec une controverse sur l'ampleur de l'indemnisation, une autre sur sa constitutionnalité, et, liée à celle-ci, une troisième sur l'éventualité de voies de recours.

Sur l'ampleur de l'indemnisation, deux propositions s'opposent, entre lesquelles le COMORI devrait trancher très prochainement: indemnisation intégrale ou satisfaction équitable ? Ce débat, qui donne lieu à de vifs antagonismes au sein de la majorité, me paraît d'importance secondaire. Au contentieux de l'indemnité, où le Conseil d'État statue aussi «en équité..., en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé», c'est depuis 1966 – du temps de la justice retenue – que le Conseil d'État accorde des indemnisations intégrales lorsqu'il juge que c'est équitable. Au contentieux de l'indemnisation connexe à l'annulation, il serait surprenant qu'il en aille autrement.

Du point de vue constitutionnel, il est vrai que, dans le droit positif actuel, l'indemnisation du dommage causé par l'application d'un acte administratif ultérieurement annulé par le Conseil d'État, est une action en responsabilité aquilienne fondée sur l'article 1382 du Code civil, et que, selon une jurisprudence fermement établie depuis l'arrêt *Flandria* du 5 novembre 1920, les droits consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent sont des droits civils, qui, en application de l'article 144 de la Constitution, relèvent de la compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire. Mais il faut rappeler que la Constitution ne fixe pas de critère de distinction entre le droit civil et le droit politique. Il me paraît que si une loi attribuait la qualification de politique au droit à la réparation du dommage résultant d'un acte administratif annulé, elle n'encourrait aucune critique de constitutionnalité. Le critère retenu par la Cour constitutionnelle pour qualifier un droit de politique est qu'il se trouve dans un rapport tel avec les prérogatives de la puissance publique qu'il se situe en dehors de la sphère des litiges de nature civile au sens de l'article 144 de la Constitution⁽⁴⁾, et il ne me paraît guère douteux qu'un litige tendant à

la réparation d'un dommage causé par un acte administratif soit en lien étroit avec la prérogative de puissance publique qui consiste en la possibilité d'édicter un tel acte.

Le gouvernement n'a toutefois pas suivi cette voie, sans doute pour éviter le risque de devoir défendre la loi à venir devant la Cour constitutionnelle. Il préfère adapter l'article 144 de la Constitution. Ce n'était à mon avis pas nécessaire, mais cette façon de faire n'appelle pas d'objection.

La thèse qui rattache l'indemnisation à l'article 1382 du Code civil entraîne la revendication qu'afin de préserver l'égalité des justiciables, un pourvoi en cassation soit ouvert contre l'arrêt du Conseil d'État qui statue sur une demande d'indemnisation. Cette thèse appelle plusieurs objections.

Avant tout, ouvrir un recours contre l'arrêt du Conseil d'État, c'est aller à l'encontre de l'objectif premier de la réforme, qui est de simplifier le contentieux en le concentrant auprès d'une seule juridiction. Si c'est pour instaurer des recours devant des juges qui n'ont pas encore connu de l'affaire, mieux vaut en rester à la situation actuelle !

Ensuite, une loi qui attribuerait expressément au Conseil d'État le pouvoir d'indemniser, même intégralement, le préjudice qu'a causé l'acte illégal, serait et resterait une loi distincte de l'article 1382 du Code civil, même si sa portée serait similaire. Cela déforce l'argument, très formaliste, tiré de la nécessité de traiter de manière égale tous les justiciables qui se prévalent de l'article 1382.

Enfin, ceux qui redoutent la perte de plusieurs degrés de juridiction liés à l'existence d'un appel, perdent de vue que la procédure au Conseil d'État intègre l'examen multiple, successivement par l'auditorat, par le conseiller rapporteur et par la chambre. Et elle prévoit même que la solution préconisée par l'auditeur s'impose au terme d'une procédure abrégée si la partie à laquelle elle est défavorable ne la conteste pas dans un dernier mémoire.

Conclusion

Au total, les mesures contenues dans le projet me paraissent de nature à améliorer la situation des justiciables. L'une leur épargnera sans doute quelques procès. Ce dont d'autres les privent, c'est de perspectives de succès à court terme, suivis de désillusions; et tendent à leur permettre d'être fixés sur leur sort en un seul procès. Par rapport à des années de procédure parfois devant plusieurs juridictions, c'est assurément un progrès.

Notes

1. Conclusions elles-mêmes dans le prolongement de la suggestion que j'avais avancée lors de ce colloque. Voir *Un Médiateur fédéral consolidé pour le 21^e siècle: des réformes nécessaires*, Anthemis 2011, p. 82.
2. Cour eur. D.H., décisions du 30 juin 2009 sur les requêtes no 14308/08, *Bayrak*, no 18527/08, *Gamaleddyn*, et no 43563/08, *Aktas*)
3. Voir l'article 9 du projet adopté par le Sénat et transmis à la Chambre, *Doc. parl. Chambre* 2e S.E. 1939, n° 5, p. 3.
4. Voir notamment l'arrêt n° 14/97 du 18 mars 1997.

INTERVENTION DE DAVID RENDERS ET DE BENOIT GORS**L'un Professeur à l'UCL, avocat et l'autre assistant à l'UCL, avocat**

1. Les organisateurs nous ont demandé d'intervenir sur deux thèmes : le thème de la boucle administrative et le thème du maintien des effets d'un acte annulé.
2. La boucle administrative, comme on l'a déjà indiqué, c'est la faculté donnée au Conseil d'Etat de proposer à l'auteur de l'acte attaqué — la partie adverse — de corriger son acte. La correction convenablement effectuée du vice met fin au litige. À l'inverse, la correction non effectuée ou non convenablement effectuée, ou la proposition de correction refusée entraînent l'annulation de l'acte.

La correction, dont il est ici question, doit être correctement appréhendée.

Soit, la boucle administrative correspond à la régularisation de l'acte attaqué. Soit, la boucle correspond à la réfection de l'acte attaqué ou, plus exactement, à une réfection de cet acte.

Dans la première hypothèse, celle régularisation, il s'agit de corriger l'irrégularité, qui affecte l'acte, objet du recours, et ce obligatoirement avec effet rétroactif. Cet effet rétroactif serait ainsi autorisé par la disposition législative, qui institue la boucle ; ce qui n'est, pour l'heure, — il faut le constater — pas explicitement dit.

Dans la seconde hypothèse, celle d'une réfection, il s'agit de créer, en cours de procès, un nouvel acte, en principe régulier, avec ou sans effet rétroactif.

Dans les deux hypothèses, nous pensons — David RENDERS et moi-même — que le procédé n'est juridiquement pas acceptable, et, à tout le moins, pose de sérieuses difficultés.

3. L'opération de régularisation de l'acte attaqué, qui correspond à la première hypothèse, n'est pas praticable, en raison de la nature même des vices susceptibles d'affecter l'acte administratif unilatéral.
4. Le vice d'incompétence n'est pas régularisable. Une autorité administrative ne saurait couvrir *a posteriori* ce qu'une autre a préalablement décidé et ce, en vertu du principe de l'attribution des compétences.
5. Le vice de forme ou de procédure n'est pas davantage régularisable. La motivation formelle de l'acte et la consultation d'une autorité sont autant de formes qui, si elles devaient être accomplies après que l'acte ait été pris, videraient de sa substance même l'obligation qui pèse sur l'administration.

Inviter, comme dans le mécanisme de la boucle, l'administration à accomplir *a posteriori* une formalité substantielle, c'est démontrer, dans le même temps, que cette formalité n'a, en rien, rempli son office. En effet, la formalité omise n'a par définition pas pu peser sur le dispositif de l'acte administratif attaqué.

6. À cet égard, il se murmure qu'un exemple, qui pourrait donner lieu à l'application de la boucle, serait celui d'une motivation par référence à un document qui n'aurait pas été joint à l'acte attaqué. Même dans cette hypothèse, l'illégalité ne saurait être corrigée *a posteriori*, puisque agraffer le document auquel on se réfère dans l'acte, objet du recours, ne permet pas au destinataire de l'acte de prendre connaissance de la motivation de l'acte le jour de sa notification, comme le requiert pourtant l'enseignement jurisprudentiel sur la question. Sans compter que le document à agraffer pourrait être, lui-même, sujet à critique.

7. Le *vice des motifs* n'est pas plus régularisable que les vices d'incompétence, de forme et de procédure. Le principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs de droit et de fait, signifie que la décision doit se justifier par une situation de fait et de droit existant au moment où elle est prise. Pour le dire simplement, les motifs doivent nécessairement préexister au dispositif.
8. Tout au plus la substitution des motifs, en cas de compétence liée, pourrait, le cas échéant, être envisagée. Mais, dans cette situation, la boucle ne serait pas d'application, puisque le Conseil d'État admet déjà que cette situation ne doit pas conduire à l'annulation.⁸ Enfin, les *vices de l'objet et du but* ne sont évidemment pas régularisables. La régularisation est une opération, qui cherche à voir un acte être maintenu en vie. L'objet et le but de cet acte sont, dans cette perspective, inaltérables, sous peine de se trouver face à un acte différent, ce qui ne revient plus alors à le régulariser, mais à le refaire.
9. Au terme de ce petit tour de vices, David RENDERS et moi-même constatons donc que la boucle, en tant que mécanisme de régularisation, n'est pas juridiquement praticable. La nature même d'un acte administratif unilatéral ne s'accommode pas de sa régularisation, à moins de créer des A.G.M. : des actes génétiquement modifiés.
10. Arrive la seconde hypothèse, celle où la boucle constituerait une réfection de l'acte attaqué. La lecture du projet en discussion laisse, en effet, apparaître que la volonté du législateur pourrait être de permettre à l'administration de refaire un « acte nouveau ». Le texte en projet évoque également un « acte refait ».

Cette hypothèse ne manque pas, elle non plus, de soulever des difficultés.

11. Il faut d'emblée observer que l'acte administratif, susceptible d'être corrigé, n'est pas clairement identifié. Le projet parle, dans le texte français, tantôt de l'acte, tantôt de la décision, comme si seuls les actes individuels étaient susceptibles d'être concernés par le mécanisme de la boucle.
12. L'objet de la correction n'est pas non plus clairement identifié.

Le projet évoque tour à tour, un vice, les vices, le vice. Pour évoquer un seul problème, quid des vices non décelés par le requérant et des vices d'ordre public ?

13. L'auteur de la correction pose encore question. Le projet laisse entendre qu'il ne s'agirait pas nécessairement de l'auteur de l'acte attaqué. Cette faculté de faire corriger le vice par un tiers ne semble pas compatible avec l'une des conditions d'application du mécanisme qui veut que la correction relève du pouvoir d'appréciation propre de l'auteur de l'acte attaqué.
14. Le délai imparti pour corriger pose aussi question. Le vice doit être corrigé dans un délai de trois mois, ou selon le cas dans un délai raisonnable.

Certains vices ne sont-ils pas alors d'office auto-exclus, comme la réalisation d'une étude d'incidences sur l'environnement qui aurait fait défaut ?

15. Les difficultés d'identifier l'objet de la correction mettent en évidence une contradiction inhérente au mécanisme même de la boucle, tel qu'il est actuellement pensé.

Le commentaire des articles précise, mais ce n'est pas repris dans le projet de texte, que « le recours à la boucle ne peut avoir pour effet de modifier la portée de la décision après sa correction ». Ce faisant, les jeux ne sont-ils pas d'emblée faussés ? Toute correction d'un vice affectant un acte administratif peut, en effet, conduire son auteur à modifier le sens de sa décision. Autrement dit, le dispositif de l'acte est nécessairement susceptible d'évoluer en raison même de la correction réalisée.

16. Une difficulté, enfin, qui touche tant à l'hypothèse — première — d'une régularisation qu'à celle — seconde — d'une réfection. C'est la question de la prise en compte des tiers.

Dans la matrice hollandaise, il est prévu que la mise en œuvre de la boucle ne peut porter atteinte aux tiers. Cette condition n'est pas prévue dans le projet en discussion. Se pose, dans ces conditions, une question simple : celle de savoir si les tiers disposent d'un nouveau recours contre la décision corrigée ou selon le cas la nouvelle décision ?

17. Avec l'impossibilité de régulariser un acte administratif et les problèmes importants qui parsèment la réfection opérée au travers du mécanisme envisagé, la boucle paraît bien constituer un mécanisme impraticable. Un autre mécanisme déjà existant devrait être privilégié qui permet la réfection : c'est le retrait.

18. Le sujet du maintien des effets d'un acte annulé mérite, lui aussi, quelques mots qui — je vous rassure, Monsieur le Président — me conduiront à la boucler rapidement.

Le Professeur RENDERS, qui est malheureusement absent pour l'explicitier, avec force et conviction, est particulièrement inquiet de voir ce mécanisme gagner du terrain. Non pas au nom des principes, mais au nom des valeurs.

Les valeurs qui sous-tendent l'Etat démocratique — dont celle de la Justice — impliquent, estime-t-il, que soit consacré le meilleur équilibre possible entre l'administration, aménagée pour les besoins de l'action, et le citoyen qui doit, quant à lui, pouvoir se défendre contre l'irrégularité de cette action.

Face à une administration qui, sauf à la marge, dispose du pouvoir du dernier mot, et se voit reconnaître le privilège du préalable, le droit du citoyen d'en appeler au juge pour contrôler cette action est un droit essentiel, qui doit pouvoir être exercé sans entrave.

Le maintien des effets d'un acte annulé, dont l'introduction dans l'arsenal juridique est somme toute récente, modifie, à n'en pas douter, l'équilibre des forces en présence au détriment de celui qui est, le plus souvent, le plus faible. Cette tendance, juge le Professeur RENDERS, le droit ne devrait pas avoir vocation à l'épouser.

C'est au nom de la sécurité juridique de l'administration et, parfois, de tiers que le maintien des effets d'un acte annulé est justifié.

Si, vraiment, il devait apparaître que le maintien des effets d'un acte administratif était la seule manière d'échapper à des situations inextricables, il conviendrait, *a minima*, d'encadrer le mécanisme de balises telles qu'il ne puisse être appliqué qu'à dose homéopathique.

Ce serait :

- au terme d'un débat contradictoire entre les parties, devant conduire l'autorité à démontrer l'existence de conséquences graves, qui ne s'accommoderaient pas d'une annulation pure et simple, ce que le texte en projet semble consacrer ;
- puis, au terme d'une mise en balance des intérêts entre l'annulation et lesdites conséquences graves, le Conseil d'Etat aurait à motiver les raisons pour lesquelles l'absolue nécessité commande le maintien des effets de l'acte annulé, ce que le texte en projet semble aussi consacrer ;
- au-delà, si les conséquences graves justifiant le maintien des effets de l'acte annulé venaient à disparaître, le Conseil d'Etat devrait lever, en tout ou en partie, ce mécanisme après un nouveau débat contradictoire.

Le tout gagnerait à valoir pour le maintien des effets d'un acte tant individuel que réglementaire.

En outre le mécanisme du maintien des effets ne pourrait s'appliquer que pour autant que :

- d'une part, ce mécanisme ne puisse être opposé ni à la partie requérante, ni à toute autre personne qui aurait formulé une réclamation à l'encontre de l'acte en cause ;
- d'autre part, ce mécanisme ne puisse valoir, à l'égard des autres destinataires de l'acte que pour le passé et un avenir strictement limité au temps nécessaire à la réfection de l'acte. Car le maintien des effets ne pourrait suppléer une réfection.

19. De la boucle administrative au maintien des effets, l'idée est celle de rendre l'administration plus efficace. Rien n'est plus important, en droit administratif, sinon l'efficacité des procédures.

Mais l'efficacité des procédures ne va pas sans légalité, donc sans efficacité des contrôles. C'est la contrepartie du pouvoir placé entre les mains de celles et ceux qui gouvernent. C'est la garantie de l'Etat de droit, comme le rappelait, en 1980 déjà, André Molitor.

C'est donc à travers le prisme de la légalité que doivent être examinés et pesés les mécanismes impactant le contrôle de l'action administrative.

LES ATTENTES ET LA REFORME, REFLEXIONS SUR LES EQUILIBRES

Jean Bourtembourg, Avocat au barreau de Bruxelles, Maître de conférences à l'UCL-Mons

Nous autres, bons sauvages, nous sommes des esprits simples : nous pensons que la justice est faite pour le justiciable (J. Rivero, Le Huron au Palais-Royal, D. 1962, chron. 39, p.7)

1. Le rapport public 2013 du Conseil d'Etat vient d'être publié ce 21 mai.

Il nous apprend que le délai prévisible moyen de jugement au Conseil d'Etat est de 8 mois et 26 jours, que l'année 2012 marquait un important rajeunissement du stock et que les affaires anciennes, c'est à dire introduites depuis plus de deux ans ne représentent plus que 5,7 % du stock du Conseil d'Etat.

Un ange passe.

Nous ne sommes pas en Belgique mais en France.

En Belgique, le dernier rapport du Conseil d'Etat qui puisse être consulté est relatif à l'année 2010-2011. On n'y trouve pas de tableau précis de la durée des procédures.

Cependant, des chiffres ont été cités à l'occasion des réunions qui ont eu lieu au cabinet de la Ministre de l'Intérieur. Le délai moyen de traitement des dossiers serait de 3 ans et 2 mois du côté francophone et de 2 ans du côté néerlandophone. Il s'agit, évidemment, d'un progrès considérable si l'on songe qu'en 2009-2010, les délais étaient de l'ordre de 6 années.

2. Cet état de fait suscite trois observations fondamentales.

D'abord que l'on en est pas encore à ce qui paraît être considéré comme le délai acceptable, à savoir 18 mois et que pour y être, il faudrait évidemment que l'on songe à faire entrer en vigueur ou à abroger une disposition inscrite dans des lois coordonnées depuis le 4 août 1996 qui prévoit que le rapport sur l'affaire est rédigé dans les 6 mois.

Il y a, ensuite, que dans le contentieux général on verra, naturellement, se creuser encore l'écart entre les chambres francophones et néerlandophones ; il y va de la conséquence de la création des juridictions administratives spécialisées.

Il s'agit, non seulement de constater que le nombre de dossiers entrants diminue du côté néerlandophone mais aussi en tenant compte de la spécificité des matières traitées par les juridictions flamandes et on songe surtout au contentieux de l'urbanisme, que le nombre de recours en référés diminue du côté néerlandophone tandis que la difficulté de traiter des dossiers d'urbanisme de plus en plus complexes est susceptible d'aggraver les choses du côté francophone.

Enfin, et surtout, il semble que toute modification décidée doit impérativement tenir compte des impacts de celle-ci sur la durée de traitement des dossiers. Réformer pour faire mieux en faisant plus long sera mal réformer.

Il faut le répéter fermement. Le droit du justiciable à être jugé dans un délai raisonnable constitue, dans le chef du Conseil d'Etat, et donc de l'Etat, une obligation de résultat.

L'évaluation de ce qui fut fait, concrètement, depuis 2006, pour tendre au respect du délai raisonnable doit impérativement être faite.

Il paraît pouvoir être exigé qu'aucune réforme ne puisse être adoptée qui mette en péril la poursuite des efforts accomplis : toute nouvelle mesure impliquant une augmentation de la charge de travail des magistrats doit être examinée à la mesure de l'allongement éventuel des délais de jugement, sauf à accepter la préjudice qui sera nécessairement causé au justiciable non seulement parce que les délais redeviendront déraisonnables mais aussi par le développement d'une jurisprudence défavorable aux requêtes. On songe notamment à la conception prétorienne de l'intérêt.

3. Pourquoi une réforme ?

Il faut, d'abord, oublier la langue de bois : qui est à l'origine de celle-ci ?

Il s'agirait, prétendument, de mettre en œuvre l'accord de Gouvernement intervenu le 1^{er} décembre 2011. On trouve, en réalité, les prémices de cette réforme dans le mémorandum adressé par les chefs de corps du Conseil d'Etat aux formateurs en

juillet 2010 par lequel ils expriment notamment leur souci de voir trancher les affaires définitivement et rapidement au terme d'une seule procédure, et que soit confié au Conseil d'Etat entre autre un pouvoir de formuler des injonctions de faire ou de ne pas faire à l'adresse de l'auteur de l'acte annulé sous peine d'astreinte ainsi qu'un pouvoir de réformation dans certains cas en vue d'assurer l'efficacité et l'effectivité des arrêts rendus au contentieux de l'annulation. On lira, plus tard, sur le site de l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives de l'Union européenne que le Conseil d'Etat a souhaité voir l'Association prendre en charge le soutien scientifique d'un séminaire sur la plus grande efficacité des pouvoirs des hautes causes administratives en raison de l'intérêt tout particulier accordé dans la déclaration gouvernementale à la question de la réforme du paysage juridictionnel belge.

En bref, cette réforme connaît des problèmes de reconnaissance de paternité.

4. Si à l'évidence les questions de l'efficience et de l'efficacité des contrôles juridictionnels méritent toujours interrogation, réflexion et le cas échéant justifient une réforme, disons le tout net, les critiques incendiaires portées par de nombreux politiques flamands à l'égard du Conseil d'Etat, à la suite de plusieurs arrêts et particulièrement de deux d'entre eux sont injustifiées.

Il y a, d'abord, l'affaire portant sur le tracé du tramway de Wijnegem.

A la requête des riverains du projet, un arrêt n° 212.825 du 28 avril 2011 annule un permis de construire octroyé par le fonctionnaire régional de l'urbanisme de la région flamande pour l'aménagement de la ligne de tram Deurne-Wijnegem. Le recours avait été introduit le 12 juillet 2007, un arrêt du 4 juin 2008 avait rejeté la demande de suspension. La cause avait été plaidée à l'audience du 10 décembre 2000 et l'arrêt fut prononcé le 28 avril 2011. Rien n'indique pourquoi il a fallu 3 ans et 10 mois pour traiter cette affaire ni pourquoi le délibéré a duré près de 4 mois.

L'annulation est prononcée pour défaut d'étude d'incidence.

Un arrêt n° 213.776 est prononcé le 9 juin 2011 par le Conseil d'Etat et annule, sur une requête déposée le 22 mars 2006, une démission d'office d'un agent communal anversois ensuite d'une absence prétendument injustifiée de 10 jours.

L'arrêt constate qu'en raison des circonstances de la cause, il ne pouvait être question de trouver, ici, une volonté de démissionner, dans le chef du fonctionnaire.

Rien n'indique le motif pour lequel il a fallu plus de 4 ans pour prononcer l'arrêt.

Ces deux arrêts ont été prononcés par des chambres néerlandophones et ont paru, à ce point, intéressants aux Présidents des chambres en cause, qu'ils les ont fait publier, par extrait, sur le site internet du Conseil d'Etat, sous la rubrique « décisions récentes ».

Comme il le voit, ces affaires sont d'une relative banalité.

Sauf sans doute s'agissant du temps mis à instruire l'affaire, ces arrêts ne méritent, en rien, le torrent de critiques qui fut constaté.

Certes, l'exaspération sous-tendant les critiques est aussi, sans doute, la conséquence de l'exaspération liée au véritable naufrage, pendant des années, de la chambre du Conseil d'Etat qui traitait les recours d'urbanisme en langue néerlandaise, ce naufrage étant clairement lié à la création d'une juridiction spécialisée en l'espèce.

Toujours est-il qu'une large part de la classe politique flamande a trouvé, singulièrement dans les matières d'aménagement du territoire et d'environnement, que l'annulation pure et simple était devenue une sanction trop absolue, surtout lorsque la pérennité d'un projet d'envergure ou d'intérêt général était en jeu.

L'atonie face aux critiques acerbes dont certains des arrêts du Conseil d'Etat ont fait l'objet ne manque pas d'inquiéter. Le silence fut assourdissant ; nul n'a rappelé ce que la protection d'un Etat de droit requiert tout en reconnaissant l'importance du défi que constitue la nécessaire réduction des délais de jugement. La réaction à ces critiques fut la préparation d'un avant-projet dont l'objectif essentiel était de faire taire des critiques excessifs et injustes.

On espère que les politiques ne comprennent pas le message qui leur est adressé : si vous n'êtes pas satisfaits du contrôle juridictionnel, faites le savoir avec vigueur et les choses seront adaptées dans le sens de ce que vous souhaitez.

Il n'est pas rare qu'une juridiction soit vilipendée par certains hommes politiques contrariés par une décision de jurisprudence.

Des arrêts du Conseil d'Etat de France, rendus à propos des élections municipales des 6 et 13 mars 1983, portaient annulation des résultats dans plusieurs communes à direction communiste et inversaient, dans quatre cas, le résultat des élections. Georges MARCHAIS, secrétaire général du PC, qualifie le Conseil d'Etat de « féroce anticommuniste » et dénonce « le caractère injuste de ces annulations ». Le vice-président du Conseil d'Etat, Pierre NICOLAÏ, fait part de « son émotion indignée » au garde des Sceaux Robert BADINTER. Celui-ci l'assure « de la considération éminente qu'il porte au Conseil d'Etat et à sa longue tradition d'indépendance qui a justement fondé son autorité et sa réputation en France ».

On aimerait, dans de tels cas, entendre clairement la mise au point qui s'impose.

Je voudrais ici souligner, une fois n'est pas coutume, l'excellence du dialogue qui a pu être mené entre la Ministre de l'Intérieur et ses collaborateurs et les barreaux. Ce n'est pas que les premiers aient trouvé excellentes toutes les suggestions faites ou pertinentes toutes les objections soulevées mais ici, au moins, il n'est pas apparu scandaleux que les barreaux fassent valoir leur position et parfois leurs inquiétudes tandis qu'il n'est pas apparu déchoir que d'accepter de modifier l'avant-projet dans tel ou tel sens.

C'est assez rare pour mériter d'être souligné.

Ce n'est ni le lieu ni le temps d'un exposé exhaustif de ce qui pourrait changer. Je vous propose quelques réflexions sur le référé et les délais, l'équilibre entre la protection de la légalité et de la sécurité juridique, l'office du juge et la mission de l'administration.

5. La réforme du référé administratif doit être examinée au regard de la question des délais.

On se réjouira, sans réserve, de la substitution au concept bancal du « risque de préjudice grave difficilement réparable » sur lequel on noircissait, chaque année, des centaines de pages, de la notion de l'urgence qui a été parfaitement développée par le Juge judiciaire des référés.

On se réjouira, également de ce qu'il puisse être tenu compte de l'urgence qui intervient au cours de procédure.

Si, cependant, en se référant à la conception de l'urgence développée par le juge judiciaire, on maintient à quelques 3 années le temps moyen de la procédure en annulation, soit il y aura très souvent urgence et l'afflux des demandes en référé viendra encore allonger le délai de traitement des requêtes en annulation soit encore, et malheureusement on a déjà constaté, par le passé des mouvements du même ordre, la jurisprudence sur l'urgence va se faire, singulièrement restrictive et l'avantage de la réforme sera manqué.

Il ne s'agit pas, ici, de boudier sa satisfaction devant une réforme depuis longtemps attendue mais de dire clairement qu'elle risque d'être vaine si le délai de traitement des dossiers n'est pas ramené au plus près de 12 mois.

6. Plusieurs des réformes tendent à la définition de nouveaux équilibres entre le respect de la légalité et le souci d'assurer le respect de la sécurité juridique.

Jusqu'ici et sauf l'hypothèse de la balance des intérêts en présence dans le contentieux de la suspension des décisions d'attribution des marchés public, le Conseil d'Etat annule lorsqu'il juge qu'au moins un des moyens est fondé et, il suspend, la condition du préjudice étant réunie, lorsqu'au moins un des moyens peut être qualifié de sérieux.

Demain, le Conseil d'Etat pourrait décider de ne pas suspendre ou de ne pas faire droit à une demande de mesures provisoires lorsque les conséquences négatives pourraient l'emporter de manière manifestement disproportionnée sur ses avantages. Il tiendra compte à cet égard « des conséquences probables de la suspension de l'exécution ou des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés en ce compris l'intérêt général » ⁽¹⁾.

De nouveaux contours mériteront d'être définis : l'intérêt général n'était-il pas, jusqu'à présent, le mieux servi par le respect de la légalité ; comment peut-il l'être lorsqu'un acte illégal est, en quelque sorte, autorisé à sortir encore ses effets. Comment l'intérêt du requérant sera-t-il balancé avec celui d'une partie intervenante ?

Puisqu'il pourrait, désormais, y avoir une disproportion entre le maintien des effets d'un acte illégal et la poursuite de ces effets, une nouvelle théorie de ces rapports devra se construire.

Il faut espérer qu'elle n'oublie pas que l'inégalité foncière qui existe entre l'administré et l'administration doit s'estomper lorsque le juge est saisi : tous sont, devant le juge, égaux devant la loi.

Il en est de même lorsqu'il s'agirait de différer dans le temps les effets, non plus seulement d'un acte réglementaire mais encore d'un acte individuel.

Comment, d'ailleurs, concilier cet énoncé avec celui de l'autorité absolue de chose jugée qui s'attache à l'arrêt d'annulation.

Cette autorité de chose jugée qui s'attache au dispositif et aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement doit-elle être étendue à la partie du dispositif qui différerait dans le temps les effets de l'arrêt d'annulation.

On sait ce que la Cour Constitutionnelle en a déjà pensé s'agissant de l'annulation des actes réglementaires mais tout ceci justifiera-t-il que les tribunaux de l'ordre judiciaire refusent d'appliquer l'article 159 de la Constitution ?

Ici aussi, on espère que le Conseil d'Etat utilisera, avec une particulière parcimonie les nouveaux pouvoirs qui lui seraient conférés.

D'autres ont déjà évoqué la boucle administrative. La section du contentieux pourrait charger l'administration, par voie d'arrêt interlocutoire, de corriger ou de faire corriger un vice dans l'acte attaqué. On imagine que cette faculté ne sera pas mise en œuvre, de manière systématique, chaque fois que ne sont pas réunies les causes d'exclusion dont question à l'article 38, § 2, nouveau des lois coordonnées.

Il y aura donc, ici, la place pour l'établissement de nouveaux rapports entre respect de la légalité et respect de la sécurité juridique. Les lois coordonnées ne devraient-elles pas, à tout le moins, prévoir les conditions restrictives dans lesquelles le mécanisme de la boucle pourra être mis en œuvre.

Imaginons une requête déposée contre une sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un fonctionnaire et qui invoquerait la violation de l'obligation d'audition.

Faudra-t-il mener toute une procédure devant le Conseil d'Etat, lire un rapport qui conclura à l'annulation, voir la partie adverse persister à ne pas retirer son acte pour constater que le Conseil d'Etat négligerait d'annuler en rappelant à la partie adverse qu'elle devrait, dans tel délai, entendre l'agent concerné ?

Cet exemple, quelque peu caricatural démontre, me semble-t-il, que le mécanisme de la boucle devrait être réservé à des situations exceptionnelles. Sans compter qu'avant de mettre en œuvre la boucle, il faudra que tous les moyens soient examinés ce qui est, sans doute, heureux mais ne contribuera pas à diminuer le temps d'examen d'un dossier.

La question de l'équilibre entre le respect de la légalité et celui de la sécurité juridique se retrouve, également, dans la notion d'intérêt.

On peut, évidemment, comprendre que la nécessité de l'intérêt au moyen soit réaffirmée, encore qu'on se demande pourquoi il faille une réforme législative à ce propos.

Un arrêt SAINT MARC, prononcé le 10 janvier 2013 par la Cour administrative d'appel de Bordeaux l'illustre.

Monsieur SAINT MARC a vu ses terrains, situés sur la commune de Toulonne, devenir inconstructibles à la suite de l'approbation d'un nouveau plan local d'urbanisme. Il a saisi le juge en invoquant, notamment, une irrégularité dans l'enquête publique.

Après avoir rappelé les principes de la jurisprudence DANTHONY, la Cour administrative d'appel de Bordeaux rejettera la requête. Si, en effet, le dossier d'enquête ne comportait pas l'ensemble des avis requis, le dossier d'enquête était toutefois complet lorsque le Commissaire enquêteur a tenu sa première permanence et avant cette date, une seule personne s'était présentée en mairie pour consulter le dossier.

Le requérant lui-même avait pu avoir accès à toutes les pièces du dossier lorsqu'il s'est présenté. Dans ces conditions, il n'est pas établi que l'incomplétude du dossier au début de l'enquête publique ait été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou d'avoir privé les personnes intéressées des garanties auxquelles elles ont droit.

Il faut, cependant, rappeler qu'en France l'intérêt doit exister au moment de l'introduction du recours et que les circonstances qui interviennent, ensuite, ne sont pas aptes à faire perdre l'intérêt.

Si la transposition de l'arrêt DANTHONY dans la loi belge n'appelle pas de critiques, il n'en reste pas moins que l'équilibre sera rétabli entre la sécurité juridique et

le respect de la légalité lorsque des péripéties intervenant après le dépôt de la requête ne seront pas susceptibles de faire perdre l'intérêt au recours.

7. Des équilibres nouveaux devront, également, être trouvés entre l'office du juge et la mission de l'administration.

Reprenons les mots de Cyr CAMBIER : réaliser la volonté générale et abstraite de la loi dans une espèce litigieuse résume la fonction de juge.

Avec la boucle, on élargit la collaboration du juge et de l'administration de manière considérable. Voici le Conseil qui dit à l'administration, ce que vous avez fait et que vous vouliez faire, voilà comment il faut le parfaire pour éviter la censure. Et ce n'est, en réalité, pas un nouvel acte qui interviendra mais le premier, amélioré dont on n'aperçoit pas qu'il soit encore susceptible de faire l'objet d'un recours, à tout le moins on ne voit pas comment cet acte trouvera encore au Conseil un juge indépendant et impartial.

Encore une fois, si les conditions dans lesquelles cette boucle peut être mise en œuvre ne sont pas mieux encadrées, on dérivera de la fonction de juger vers la fonction de conseiller.

Et cette réforme pourrait être d'autant plus inutile, que le Conseil d'Etat pourra, dans l'arrêt d'annulation, décrire ce que celle-ci implique. Il s'agirait donc uniquement, par la boucle, de maintenir dans l'ordonnancement juridique un acte qui serait illégal mais dont l'illégalité pourrait être corrigée.

Pourquoi donc faut-il, dans la même réforme, à la fois la boucle, le maintien des effets d'un acte illégal et l'indication de ce que requiert l'établissement de la légalité ? ⁽²⁾.

On éviterait de toucher aux principes si l'on se contentait de rappeler que la réfection peut, parfois être rétroactive et que l'on permettrait au conseil de donner un avis sur ce que suppose le rétablissement de la légalité.

L'impression, désagréable qui ne manque pas de gagner est que l'essentiel est de permettre à l'administration de décider de ce qu'elle veut en supposant d'ailleurs que le respect de la légalité ne pourra jamais conduire à d'autres solutions que celles qui ont été consacrées par l'acte illégal ⁽³⁾.

8. La question de l'accès au juge se pose.

On se réjouit sans réserve que le projet remanié par la Ministre de l'intérieur ouvre la voie à la répétibilité, évitant ainsi au requérant ayant obtenu l'annulation d'avoir à saisir le juge judiciaire faute de bon vouloir de l'administration.

Le projet tranche le principe : l'indemnité de procédure peut être accordée à la ou aux parties qui ont obtenu gain de cause.

On sait qu'aujourd'hui, le contentieux de la sécurité sociale, qui forme une bonne part du contentieux des droits politiques est porté devant les tribunaux du travail et que les dépens du demandeur sont, sauf en cas de demande téméraire et vexatoire, mis à charge de la partie demanderesse.

Formons le vœu que le Roi et les barreaux qui ont à se prononcer fassent en sorte qu'un progrès ne se traduise pas par un recul des possibilités concrètes d'accès au juge.

Aujourd'hui la requête donne lieu au paiement d'une taxe de 175 € par requérant. Le droit est inscrit par le greffe en débet et l'administration des domaines est chargée de poursuivre son recouvrement après le prononcé de l'arrêt. On sait que la qualité de ce recouvrement est, comment dire, mitigée.

S'il est heureux que, demain, le montant maximum de la taxe soit fixé par la loi, on se demande pourquoi ce maximum a été porté à 225 €, soit 50 € de plus qu'aujourd'hui. Aucune explication n'est donnée. On suggèrera, dès lors que l'on s'en tienne à 175 €, voire que l'on supprime cette taxe. Après tout, l'accès au contentieux de la sécurité sociale est gratuit.

Toujours s'agissant de l'accès au juge, se réjouira-t-on que désormais, sauf preuve contraire, l'avocat soit présumé avoir été mandaté par la personne capable qu'il prétend représenter.

On met fin ici à une différence injustifiable – quoi qu'en ait dit la Cour Constitutionnelle – entre la procédure devant le Conseil d'Etat et celle menée devant le Juge judiciaire mais surtout on évitera les discussions byzantines qui paraissaient n'avoir pour mérite sinon pour but que de permettre de se débarrasser rapidement de certaines requêtes.

On se réjouira aussi de l'effet suspensif qu'aura la saisine du médiateur sur le délai de recours et la faculté qu'aura le médiateur de poursuivre l'examen de la réclamation nonobstant le dépôt d'une requête en annulation.

9. Deux mesures de nature à permettre l'amélioration du contrôle juridictionnel méritent d'être épinglées.

Sans faire preuve de corporatisme la réintroduction de la possibilité qu'à un avocat de devenir conseiller d'Etat est de celle-là. Un contrôle juridictionnel de qualité se nourrit de la connaissance de ce qu'exige le fonctionnement de l'administration mais aussi de la fréquentation quotidienne des justiciables.

Le régime de l'astreinte est aussi amélioré : on s'en réjouira sous deux importantes réserves.

La réforme est une demi réforme lorsqu'elle n'ose pas aller jusqu'au bout : seule la moitié de l'astreinte accordée reviendra à celui qui l'a sollicitée.

C'est mieux que la situation ancienne : tout devait aller à un fonds pour l'amélioration de la justice administrative.

La justification qui avait été donnée était dépourvue de toute pertinence : il ne convenait pas que le requérant profite de l'illégalité persistante.

Cette justification n'est pas aujourd'hui qu'à moitié corrigée. Espérons que le législateur en revienne au principe.

Une autre inquiétude surgit, un arrêt 69/2013 prononcé le 22 mai 2013 par la Cour Constitutionnelle nous apprend que l'Etat belge, représenté par la Ministre des affaires sociales et de la santé publique y plaide que prononcer une astreinte, c'est statuer sur des droits subjectifs, ce que le Conseil d'Etat ne pourrait faire, d'autant que ceux dont la condamnation à l'astreinte serait demandée perdraient le droit d'avoir affaire à une juridiction investie d'une compétence de pleine juridiction et soumise au double degré de juridiction.

Espérons que l'Etat ne donne pas d'une main, par son législateur ce que l'Exécutif tenterait de reprendre, dans la même foulée, devant la Cour Constitutionnelle.

10. Déjà le temps vient de conclure provisoirement.

Lors de son installation comme vice-président du Conseil d'Etat de France, le 3 octobre 2006, Jean-Marc SAUVE rappelait :

« Notre maison tire sa force et son originalité de sa distance et de sa proximité avec le Gouvernement... de sa capacité à conseiller l'exécutif avec la science et la fiabilité du juge et à le juger avec le réalisme et l'efficacité que donne la connaissance de l'administration ».

Les atouts du Conseil d'Etat sont connus : le mode de recrutement de ses auditeurs, la qualité de ses magistrats, le bénéfice du double examen, les mérites d'une procédure inquisitoriale, le rôle majeur dans l'identification des principes généraux du droit administratif.

Le droit administratif s'articule autour de deux impératifs catégoriques : permettre le fonctionnement de l'Etat, assurer la protection du citoyen face à l'arbitraire de l'administration.

L'équilibre doit être trouvé. Il implique que l'on ne fasse pas peser indûment la balance d'un côté plutôt que de l'autre.

Trois espoirs méritent d'être, ici, formulés.

- Un arrêt qui intervient trop tard est toujours un mauvais arrêt ; il nourrit les rancœurs de l'un ou de l'autre à l'égard du juge et n'apporte pas la solution définitive à un problème contentieux.
La réforme échouera et un de ses objectifs sous-jacents, asseoir la place du Conseil d'Etat parmi nos institutions sera manqué si les délais de jugement ne sont pas contenus et raccourcis ⁽⁴⁾.
- Le deuxième espoir concerne le droit d'accès au juge et l'usage modéré de certaines nouveautés.

Il n'est pas envisageable de freiner la demande de justice de la part des citoyens qui font confiance au droit pour réguler les rapports sociaux et il faut donc bannir les chicanes et les pièges qui forment autant de chausse-trappes sur la route des requérants, améliorer le mode de traitement des dossiers et s'il le faut renforcer les moyens dont dispose la Haute juridiction administrative.

On espère, aussi, que des mécanismes tels que la boucle seront utilisés avec une parcimonie telle qu'ils ne brouilleront pas l'image du Conseil d'Etat ni la confiance que les justiciables doivent nécessairement pouvoir lui faire, qui est d'ailleurs son atout le plus précieux.

On plaidera, enfin, pour l'ouverture du Conseil d'Etat sur son environnement qui passe par le nécessaire dialogue avec tous les acteurs, au premier desquels se trouve la Cour de Cassation aux fins de trouver, ensemble, les meilleures solutions qui tiennent compte des meilleurs atouts respectifs aux fins du renforcement de l'Etat de droit...

On se souvient du propos d'un homme politique français qui, évoquant l'ouverture à gauche voulue par le Président Sarkozy, déclarait qu'il encourageait le Président à élargir l'ouverture jusqu'à y inclure sa propre famille politique.

Oserait-on dire, ici, sans subir de nouvelles foudres, que l'on aimerait que le Conseil d'Etat élargisse le dialogue jusqu'à l'intérieur de lui-même.

Les avocats, quant à eux, sont prêts à ces échanges.

Notes

1. En France, la faculté donnée au juge des référés de rejeter une demande de suspension dans les cas où la loi lui impose de jurisprudence, ensuite de la jurisprudence Commune de Conflans-Sainte-Honorine, apparaît aux commentateurs comme une sorte de miracle qui donne au juge des référés un pouvoir d'appréciation en opportunité de valeur supra-législative (X. Domino et A. Bretonneau, AJDA 2012. 943).
2. Sans compter le pouvoir de réformer les décisions prononçant des amendes administratives qui déresponsabilisera l'autorité administrative dont la décision pourra être corrigée tandis que l'on se demande comment le Conseil d'Etat va décider ce que la conciliation entre l'intérêt général et toutes les autres circonstances requiert.
3. Selon le mot de Gilles Lebreton, la logique de la performance « n'a pas seulement conquis l'administration mais pèse également sur l'évolution et la conception du droit administratif (AJDA 2013. 945).
3. On doute que la réforme permette d'arrêter le « dépeçage » des compétences du Conseil d'Etat par la création de juridictions administratives dont le Conseil n'est même pas le juge d'appel.

CONCLUSIONS

**Bernard Renson, Avocat, Président de la Commission de droit public
du Barreau de Bruxelles**

Monsieur le Premier Président,
Monsieur l'Auditeur général,
Mesdames et Messieurs les hauts magistrats,
Mes Chers Confrères,
Mesdames et Messieurs,

Il est temps, pour moi, de conclure cette oh combien intéressante après-midi d'étude.

1. Nous ne pouvions sans doute pas trouver meilleur titre à celle-ci.

Quelles réformes pour quel Conseil d'Etat ?

Cette interrogation – car c'en est bien une – aux multiples facettes résume, à mon sens, parfaitement les interventions aussi riches qu'engagées et instructives de nos brillants orateurs du jour.

2. Faut-il réformer le Conseil d'Etat ?

Si l'objectif d'une telle réforme est – et je cite le communiqué de presse de Madame la ministre de l'Intérieur du 26 avril dernier - « de faciliter l'accès au Conseil d'Etat lorsqu'un recours s'avère nécessaire pour protéger les intérêts des justiciables, tout en permettant à cette institution d'assurer au mieux ses missions premières » et

et « d'affiner et nuancer le contrôle de légalité » du Conseil d'Etat, l'on ne peut alors que répondre par l'affirmative.

Monsieur Born a judicieusement souligné que l'efficacité de la justice administrative est remise en cause depuis déjà quelques années, en raison de son arriéré, de son formalisme ou encore du hiatus pouvant se manifester, au vu du temps qui s'écoule, entre suspension et annulation.

L'accord de gouvernement de décembre 2011 a donc prévu que le gouvernement, en coopération avec le Conseil d'Etat, examinera et adoptera des propositions visant à améliorer la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat.

Le projet du Gouvernement est aujourd'hui sur la table. Rencontre-t-il les objectifs déclarés ? C'est, là, tout le débat qui nous a occupés cet après-midi.

3. Le bâtonnier Thiry nous a rappelé, dans un style franc bien à lui, et par des propos très clairs, l'évolution de notre paysage institutionnel en matière de contentieux administratif.

Les transferts de compétences aux Communautés et aux Régions, transferts déjà intervenus et transferts annoncés, ne sont assurément pas de nature à simplifier la réflexion s'agissant du rôle du Conseil d'Etat, institution pourtant maitresse au sein de notre Etat de droit.

La création des juridictions administratives par les Régions dans divers domaines (je pense en particulier à l'urbanisme) ne réduit-elle pas l'intérêt de la réforme du Conseil d'Etat ? Alors même que le projet de réforme entend répondre aux critiques, virulentes parfois, qui furent émises au Nord du pays en diversifiant les mesures que pourra prendre le Conseil d'Etat, il faut bien reconnaître que la plupart des mesures envisagées (boucle administrative, satisfaction équitable et même pour le référé) ne s'appliqueront pas pour des recours en cassation des décisions administratives. Paradoxal, n'est-il pas vrai ?

Par ailleurs, la Ministre de la Justice prépare actuellement un avant-projet modifiant le Code judiciaire attribuant dans diverses matières la compétence au juge naturel. Cet avant-projet de loi, qui prévoit de transférer le contentieux des droits subjectifs des agents de la fonction publique au tribunal du travail. AVOCATS.BE a rendu un avis négatif quant à cette question particulière du transfert de ce contentieux.

N'est-il pas, à nouveau, paradoxal, d'un côté, de vouloir étendre les compétences et les modalités d'intervention du Conseil d'Etat – objet de l'avant-projet de loi analysé- et, d'un autre côté, de vouloir retirer au Conseil d'Etat le contentieux des droits subjectifs des agents de la fonction publique ?

4. J'ai retenu du brillant exposé de monsieur Born, que la réforme envisagée est le fruit de nombreux compromis et que « toute la gageure a été de passer de ces compromis incertains à de probables ou véritables avancées ».

Permettez-moi de saluer ici le souci qu'a eu la Ministre de l'Intérieur d'associer les barreaux aux discussions préalables à la préparation de l'avant-projet de loi. Ce souci tranche avec l'absence d'une telle initiative de la part du Conseil d'Etat au moment où celui-ci a préparé le texte initial de l'avant-projet.

Par ailleurs, force est de relever que la réforme envisagée n'est pas une « réformette », mais tend en définitive à une réforme en profondeur des compétences et modalités d'action du Conseil d'Etat et par là-même de son rôle en tant que juridiction administrative.

A certains égards, nous devrions parler, non de réforme, mais de véritable révolution.

Vouloir rendre le Conseil d'Etat plus actif, plus réactif, plus moderne, est un objectif légitime et que nul ne peut contester ou critiquer. Le rôle premier du juge administratif a toujours été de contrôler la légalité d'une décision et non celui d'administrer.

Sans doute convient-il de faire évoluer l'office du juge administratif mais, comme l'a judicieusement rappelé Me Bourtembourg lors de son intervention, cette évolution ne peut conduire ni à un déséquilibre entre la situation du justiciable et l'action administrative, ni à une confusion des rôles, le juge administratif ne pouvant être amené à se substituer à l'action de l'administration.

Nos débats de cette après-midi, et en particulier l'exposé de Jean Bourtembourg, ont montré combien cet équilibre est particulièrement délicat et difficile à respecter.

Rappelons-nous Jean RIVERO, qui écrivait en 1979 : « *Je pense, moi, que comme le tomahawk est fait pour la guerre et le calumet pour la paix, l'administration est faite pour l'administré et la Justice pour le justiciable.* » (J. Rivero, « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », ECDE, Paris, 1979, p. 30). Monsieur RIVERO serait-il aujourd'hui dépassé ?

5. Monsieur le Président Storck nous a fait part des perplexités qui sont les siennes à titre personnel, et celles du juge de l'ordre judiciaire en général, face à la réforme envisagée.

Au jour où nous parlons, nous ignorons toujours ce qu'il en sera de l'indemnisation des justiciables en cas d'annulation par le Conseil d'Etat d'une décision administrative qui leur aurait causé préjudice. Le COMORI est en pleine discussion sur le sujet : 1382 (réparation intégrale) ou satisfaction équitable avec ou sans la règle *electa una via* ? Le souci semble être d'éviter une « nouvelle guerre des juges ».

Ce qui me paraît évident, c'est qu'il est indispensable que la réforme du Conseil d'Etat inclut des règles précises permettant à celui-ci de statuer sur les conséquences civiles des arrêts d'annulation. Sans cela, la réforme passerait à côté d'un objectif majeur...

La solution la plus probable semble être celle de privilégier la notion de satisfaction équitable sans retenir la règle *electa una via*. De cette manière, dit-on, le justiciable aura le choix entre deux procédures distinctes : soit obtenir *rapidement* une indemnisation forfaitaire (économie de procédure, équité), soit obtenir la réparation intégrale de son dommage devant les cours et tribunaux *sous-entendu long-temps après*.

Ainsi présentée, cette solution sous-entend à tout le moins que si le justiciable souhaite obtenir « plus vite » (càd devant le Conseil d'Etat) une indemnisation, il devra faire des concessions.

N'est-ce pas là pénaliser les justiciables pour le manque de moyens accordés aux cours et tribunaux ? Il serait tellement plus simple d'attribuer à ceux-ci, ou même au Conseil d'Etat, les moyens humains et financiers indispensables pour rendre la justice

plus rapidement... et il n'y aurait plus d'obstacle à permettre aux justiciables d'obtenir une indemnisation complète de leur préjudice.

Investir dans la Justice, c'est préserver notre état de droit et par là-même, notre démocratie.

6. J'ai été particulièrement heureux d'entendre le professeur Renders et son assistant, Monsieur Benoît GORS, à propos de la boucle administrative et du maintien des effets des actes annulés. Ceux-ci nous ont même proposé une nouvelle notion de droit administratif : « l' A.G.M. », ou l' acte génétiquement modifié.

Les propos tenus en écho, et également à titre personnel, par Monsieur le président LEROY démontrent que, quelles que soient les analyses et/ou critiques que l'on peut porter sur les mesures nouvelles proposées, non seulement celles analysées par nos orateurs mais aussi les autres (réforme du référé, la médiation, l'intérêt au moyen), je constate, pour ma part, que la discussion à leur propos est particulièrement complexe et qu'il est donc indispensable, pour tous les acteurs concernés au stade de l'élaboration de la nouvelle loi, de bien y réfléchir... Je l'ai déjà souligné, la réforme proposée est une réforme d'ampleur, il serait dès lors malheureux que sur plusieurs de ses objectifs, elle ne puisse donner de résultat satisfaisant.

Je ne peux m'empêcher de souligner en tout cas deux mesures de l'avant-projet qui, pour le Barreau, vont dans un très bon sens :

- la première est celle qui devra permettre au Conseil d'Etat de statuer sur ce que l'on appelle la répétibilité des honoraires d'avocats en accordant à la partie qui obtient gain de cause une indemnité de procédure. La proposition revient à calquer le système de l'article 1022 du Code judiciaire pour le Conseil d'Etat. Voilà une très bonne idée, souhaitée depuis longtemps par le Barreau...
- la seconde mesure vise à permettre (à nouveau) à des avocats de devenir Conseiller d'Etat. Quoi de plus normal en définitive...

7. En organisant cette après-midi d'étude, les Commissions de droit public des Barreaux de Bruxelles et de Liège ont voulu apporter leur *petite pierre* à l'édifice de la réforme annoncée. Le Barreau a été dès le début particulièrement attentif au regard du projet de réforme du Conseil d'Etat. Il continuera à faire valoir son point de vue, et toujours dans un seul but : un but *constructif* en vue de parvenir à une réforme *réussie* d'une institution à laquelle nous tenons.

Nos orateurs de cette après-midi, sous la présidence rigoureuse de François Tulkens, ont assurément contribué à ce travail constructif. Je tiens à les en remercier vivement et à leur exprimer ici toute notre reconnaissance.

Il me reste à vous remercier pour votre présence si nombreuse. Assister à un « séminaire » ou un « colloque » ou une après-midi d'étude, un vendredi après-midi, c'est faire preuve d'un sacré courage... C'est pourquoi je voudrais, pour terminer, vous remercier très chaleureusement pour votre présence si nombreuse et vous convier à terminer votre effort par un petit verre, bien modeste mais assurément bien mérité.

